

LA PROMESSE DE PORTE-FORT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 18 Juin 1907 à 1 heure

PAR

Michel de BELLOMAYRE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LICENCIÉ ÈS LETTRES

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES

Président : M. PIÉDELIÈVRE.

Suffragants : { MM. Ambroise COLIN, *professeur.*
HITIER, *chargé de cours.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1907





Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA PROMESSE
ou
PARTI-FORT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les Thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs .

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA PROMESSE DE PORTE-FORT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
sera soutenu le Mardi 18 Juin 1907 à 1 heure

PAR

Michel de BELLOMAYRE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LICENCIÉ ES LETTRES

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES

Président : M. PIÉDELIÈVRE.

Suffragants : { MM. Ambroise COLIN, professeur.
HITIER, chargé de cours.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1907



LA PROMESSE DE PORTE-FORT

INTRODUCTION

L'adage : *Nemo alienum factum promittere potest* exprime une conception primitive de l'esprit humain. Le formalisme des législations archaïques, qui prohibait la promesse du fait d'autrui, a perdu presque tout son empire par suite de l'introduction de la notion de représentation dans les actes juridiques. De plus, en dehors de l'idée de mandat ou de gestion d'affaires, cette règle souffre une limitation importante, formulée dans l'article 1120 du Code civil, qui est relatif à la clause de porte-fort.

Se porter fort pour un tiers, c'est « promettre que ce tiers s'obligera à faire ce qu'on a promis qu'il ferait » (1). Le porte-fort contracté une obli-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, n° 130.

gation personnelle de faire, qui consiste à obtenir la ratification d'autrui. Dans l'impossibilité où il se trouve de créer un engagement à la charge d'une personne qui ne lui a pas donné mandat à cet effet, il fait naître un autre contrat, tout différent, auquel le tiers demeure étranger, mais qui, au point de vue pratique, supplée en partie à l'absence d'un lien obligatoire pour ce tiers, et permet de tourner l'ancienne règle de droit strict, maintenue dans notre Code.

Le but de la convention de porte-fort est donc de supprimer l'obstacle, provenant de l'absence ou de l'incapacité du tiers, qui empêche le contrat de se former ; cette clause facilite ainsi des opérations qui sans elle seraient parfois impossibles.

Il est regrettable, lorsqu'on voit les services qu'elle est appelée à rendre, que le législateur se soit borné à écrire une disposition aussi brève que celle de l'article 1120. Aussi est-il nécessaire de suppléer à ce laconisme et de chercher la solution de plusieurs questions délicates que les rédacteurs du Code n'ont peut-être pas soupçonnées, et dont voici quelques-unes : Quelle est exactement l'étendue de la promesse de porte-fort ? Quels sont les rapports juridiques créés par elle entre le promettant, le stipulant et le tiers ? Le porte-fort est-il responsable de l'exé-

cution du fait par le tiers ou seulement de la ratification de l'engagement ? La clause de porte-fort peut-elle être présumée ? Le porte-fort peut-il se substituer au tiers, et prendre l'opération pour son propre compte, en cas de non-ratification ? Quel rôle joue cette convention dans les donations et les contrats de mariage ? Autant de problèmes intéressants que nous nous proposons d'examiner. Il est à remarquer que cette matière est l'une des moins explorées de notre droit civil et que les commentateurs modernes, qui ont étudié si soigneusement le champ d'action et les applications de la stipulation pour autrui, ont laissé dans la pénombre sa voisine, la promesse pour autrui.

Il paraît évident que les praticiens se sont efforcés, dès les temps les plus reculés, de valider, au moyen d'un engagement personnel, la promesse pour autrui, nulle par suite du caractère étroitement formaliste des contrats primitifs. M. Esmein a relevé un exemple curieux de clause de porte-fort dans un passage de l'Odyssée ; il s'agit de l'épisode (VIII, 266, et s.) où Demodocos narre les amours d'Arès et d'Aphrodite (1).

(1) V. ESMEIN. *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, Rome, t. 8, 1888, p. 426 et s.

Héphaistos, soupçonnant son infortune conjugale, feint un voyage à Lemnos, mais il revient en toute hâte et surprend les coupables; après quoi il convoque tous les dieux pour leur faire constater le flagrant délit. Poseidon intercède auprès d'Héphaistos; il promet qu'Arès satisfera le mari trompé en lui payant la juste composition pour adultère, réglée par la coutume, et demande que la liberté soit rendue au dieu des combats. Mais Héphaistos refuse de se contenter de cette promesse, car Poseidon n'a promis que le fait d'autrui, et cet engagement est sans valeur. Poseidon prend alors de nouveau la parole et fait une seconde promesse, mais pour lui-même cette fois; il s'engage personnellement à payer le montant de la composition, si Arès se soustrait à cette obligation, en prenant la fuite. Et Héphaistos accepte.

Poseidon joue par conséquent ici le rôle d'un porte-fort, garantissant l'exécution du fait d'autrui, plutôt que celui d'une caution, puisque le cautionnement suppose la préexistence d'une obligation principale, qui fait défaut dans cet épisode; en effet, Arès ne s'est engagé lui-même à rien. De plus, M. Esmein observe avec raison qu'à cette époque lointaine le cautionnement ne se distinguait pas encore des autres promesses, et qu'on ne connaissait sans

doute qu'une seule classe de débiteurs, à savoir celle des débiteurs principaux.

Il était assez piquant de remarquer que les Dieux de l'Olympe homérique firent jadis un emploi judicieux de la convention qui fait l'objet de ce travail.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

NOTIONS HISTORIQUES

SECTION I. — *Droit romain.*

Nous n'entreprendrons pas une étude approfondie des clauses qui pouvaient en droit romain équivaloir à notre promesse française de porte-fort, ni du mécanisme juridique qui remplissait le même rôle.

Il nous suffira de mentionner les différents cas dans lesquels nous voyons apparaître le porte-fort, c'est-à-dire l'individu qui s'oblige à rapporter la ratification d'autrui.

L'un d'eux est relaté dans les Institutes, au titre *De inutilibus stipulationibus* (1). On suppose que

(1) Instit. III. 19. De inut. stip. 3, *Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur... Quod si effecturum se ut Titius daret spoponderit, obligabitur.*

Primus a fait une promesse pour Titius ; cette promesse est nulle, puisqu'elle n'est autre chose qu'une promesse pour autrui ; aucune action ne naît contre Primus, ni contre le tiers qui n'est pas partie au contrat. Pour la faire naître, au lieu de promettre simplement que Titius fera ou donnera la chose stipulée, Justinien nous dit que l'on peut valider l'engagement, en employant la formule suivante : « *Spondesne te effecturum ut Titius... ?* » Ce n'est plus alors le fait d'autrui qui est promis ; Primus s'est engagé à faire que le tiers tienne la promesse ; il y a promesse *de se* (1).

Si le tiers ne promet pas, c'est-à-dire ne ratifie pas la promesse de Primus, le stipulant pourra demander à celui-ci des dommages-intérêts. Dès les temps classiques, la pratique romaine connaissait cette formule commode ou des formules équivalentes (2). Il y avait même des cas où elle était sous-entendue dans les stipulations, et où la simple promesse du fait d'autrui était considérée comme contenant l'intention de s'obliger, de la part du promettant. C'est le cas de la fameuse stipulation pré-

(1) « *De se quemque promittere oportet* », L. 83. pr. Dig. De V. O. 45. 1.

(2) Ulp. D. 45. 1. L. 38, 2.

torienne « *alium sisti* » (1). Ulpien nous dit que celui qui a promis *alium sisti* est tenu de la même façon que s'il avait promis une *pœna* dans le cas de non-comparution, et le jurisconsulte ajoute, en citant Celse « *Nam qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum ut stet* ».

Dans les contrats de bonne foi, le juge pouvait toujours rechercher l'intention des parties derrière les mots employés ; il devait donc interpréter la convention de telle manière qu'elle fût valable, et présumer, s'il y avait lieu, la promesse de porte-fort. Aucun texte ne prévoit l'hypothèse, mais cette solution découle si logiquement des principes généraux et de la notion même des contrats de bonne foi qu'il est plausible de l'admettre (2).

Dans d'autres cas encore, la clause de porte-fort était utilisée. Nous faisons allusion à l'hypothèse où un représentant autre que le *cognitor* intentait une action pour un tiers ; le droit déduit par lui en justice n'était pas, comme dans le cas du *cognitor*, celui du représenté lui-même, car le *cognitor* seul agissait de l'aveu du demandeur et était constitué par lui en termes sacramentels. L'action intentée

(1) Dig. De V. O. 45. 1. L. 81.

(2) GIRARD, *Manuel de Dr. romain*, 3^e éd., p. 450.

par le *procurator*, par exemple, n'éteignait pas le droit d'agir du représenté ; celui-ci pouvait donc intenter à nouveau l'action, s'il le voulait. Pour parer à cette éventualité, on exigeait que le représentant fournit une caution, garantissant la ratification du représenté et la non-reprise du procès par ce dernier, la *cautio ratam rem dominum habiturum* (1).

SECTION II. — *Domat. Pothier.*

Nous n'aborderons pas davantage l'étude des expédients inventés par la pratique pour arriver à tourner la prohibition de l'engagement pour autrui, dans l'ancien droit. D'ailleurs, cette recherche serait probablement infructueuse, car, jusqu'au Code civil de 1804, les grands principes directeurs qui régissent la matière des obligations sont ceux du droit romain ; et, en dehors des compilations de Justinien, l'on ne trouverait rien de précis sur notre institution.

Ni Dumoulin, ni Loysel, ni Bourjon ne s'en occupent. Le Glossaire du Droit français de Ragueau, et

(1) GAIUS, 4. 97. — JULIEN, D. 46. 8, *Ratam rem*, 22, 8. (LENEL, 734).

l'Encyclopédie méthodique sont également muets sur ce sujet.

Domat et Pothier méritent seuls de retenir notre attention.

Domat s'exprime ainsi (1) : « Si un tiers traite pour un absent sans avoir son ordre, mais s'en faisant fort, l'absent n'entre dans la convention que lorsqu'il ratifie ; et, s'il ne le fait, celui qui s'est obligé sera tenu ou de la peine à laquelle il se sera soumis, ou du dommage qu'il aura causé, selon la qualité de la convention, les suites où il aura donné lieu et les autres circonstances. Mais après que l'absent a ratifié ce qui a été géré pour lui, quoiqu'à son préjudice, il ne peut plus s'en plaindre ». Remarquons que, d'après ce texte, le porte-fort n'est tenu que d'obtenir la ratification du tiers, et que lorsque celle-ci fait défaut, il doit le paiement de dommages-intérêts, mais jamais l'exécution personnelle de la convention.

Les idées de Pothier sur notre sujet sont particulièrement intéressantes à étudier, car elles ont été suivies par les rédacteurs du Code civil. Cet auteur traite de la question du porte-fort dans les paragraphes 56 et 75 de son *Traité des obligations* (2).

(1) DOMAT. *Lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sect. II, art. VI.

(2) POTHIER. *Tr. des Obligat.*, — Ed. BUGNET, Tome 2, § 56 et 75.

Au début du § 56, il reproduit l'ancienne maxime romaine : *Nemo alienum...* qu'il considère comme une vérité intangible ; mais aussitôt après il en limite l'application de la façon suivante : « Au reste on présume facilement que celui qui a promis qu'un tiers donnerait ou ferait quelque chose, n'a pas entendu *pure de alio promittere*, mais qu'il a entendu promettre aussi *de se*, c'est-à-dire promettre qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé. En ce cas, la convention est valable, et elle oblige celui qui a promis aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution de ce dont il s'est fait fort ».

Ce passage, qui reproduit d'ailleurs les textes romains, corrige la rigueur du principe précédent en admettant l'intervention du porte-fort. Observons que Pothier, en usant du mot inexécution, semble prétendre que le porte-fort s'oblige non seulement à faire ratifier, mais encore à faire exécuter l'engagement par le tiers. Bugnet, dans une note sous le paragraphe 56, dit qu'il faut bien rechercher l'intention des parties, pour connaître ce dont le promettant s'est fait fort, car la promesse de la simple ratification est différente de la garantie de l'accomplissement de l'obligation ; puis il ajoute que Pothier avait sans doute en vue la *stipulatio alium sisti*, qui renferme la promesse d'une exécution. — Nous verrons plus loin que cette explication de l'anno-

tateur n'est pas à l'abri de tout reproche ; le terme inexécution se justifie d'une manière à la fois plus simple et plus claire.

A la fin du paragraphe 56, Pothier nous rappelle que l'adjonction d'une *pæna* produit le même résultat que la clause de porte-fort pour tourner la règle de droit strict qu'il vient d'ériger en principe ; mais, au lieu d'y voir un procédé parallèle, il fait rentrer l'un des deux cas dans l'autre, et regarde la stipulation de peine comme impliquant la promesse de porte-fort.

« Lorsque, dit-il, en promettant le fait d'un autre, vous vous soumettez à payer une certaine peine, ou même simplement aux dommages-intérêts en cas d'inexécution, il n'est pas douteux qu'en ce cas vous n'avez pas entendu promettre simplement le fait d'un autre, mais que vous avez entendu vous faire fort de lui. C'est pourquoi Ulpien dit : *Si quis velit alienum factum promittere, pœnam vel quanti ea res sit, potest promittere* (L. 38, §2. De V. O.) ».

Les paragraphes 74 et 75 *in principio* touchent à la théorie de la représentation.

La fin du paragraphe 75 est relative aux effets de la clause de porte-fort, jointe à une gestion d'affaires. « Si elle (le tiers) ne ratifie pas, la convention est nulle à son égard, mais si je me suis fait fort d'elle, si j'ai promis de la faire ratifier, cette promesse de la faire ratifier est une convention que

j'ai eue en mon nom avec la personne avec qui j'ai contracté ; par laquelle je me suis en mon nom obligé envers elle au rapport de cette ratification ; et faute par moi de la rapporter, en ses dommages et intérêts, c'est-à-dire en tout ce qu'elle souffre on manque de gagner par le défaut de ratification. »

Cette phrase prolixe, mais claire, précise le rôle étendu des dommages-intérêts, destinés non seulement à réparer la perte éprouvée, mais encore à tenir lieu du gain manqué (*damnum emergens, lucrum cessans*). Signalons aussi que dans ce passage il ne s'agit plus que d'obtenir la ratification, et que le § 75 semble donc, au premier abord, être en contradiction avec le § 56.

En résumé, Pothier se borne à rappeler, et assez incomplètement d'ailleurs, les principes du droit de Justinien, car les expédients juridiques qu'il énonce étaient connus des praticiens romains.

SECTION III. — *Les travaux préparatoires* *du Code civil.*

Les travaux préparatoires ne nous apprennent qu'une seule chose ; c'est que le législateur n'a rien innové, mais qu'il a reproduit fidèlement les règles romaines à travers Pothier ; sa contribution per-

sonnelle à la matière des promesses pour autrui est un laconisme aggravé par une rédaction de texte obscure (1).

Bigot-Préameneu, après la lecture du Titre III du Code civil au Conseil d'Etat, ajoute que les dispositions renfermées dans ce titre « sont puisées presque en entier dans le droit romain, en écartant cependant quelques subtilités qui le déparent ». Les articles 1119 et 1120 sont d'ailleurs adoptés sans discussion (2 brumaire an XII).

Dans l'exposé des motifs qu'il fait ensuite au Corps législatif Bigot-Préameneu s'exprime ainsi : « Elles seraient bien mal entendues, les dispositions du Code civil, relatives aux contrats, si on les envisageait autrement que comme des règles élémentaires d'équité dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines », puis, sur les art. 1119 et 1120 « Il résulte de la nécessité du consentement de la personne qui s'oblige que nul ne peut sans un pouvoir exprès, en obliger un autre, et que celui auquel on aurait promis le fait d'un tiers n'aurait qu'une action en indemnité contre la personne ayant donné cette promesse, si le tiers refusait d'y accéder » (11 brumaire an XII).

A la séance du 13 pluviôse an XII, le tribun Fa-

(1) V. FAVARD DE LANGLADE. Le Code civil, suivi de l'*Exposé des motifs*, des rapports et des discours, Tome V, 1804.

vard fait son rapport au Tribunat, au nom de la section de législation, sur les quatre premiers chapitres du Titre. « Cependant, dit-il, au sujet de l'article 1120, si je me porte fort pour un tiers, l'engagement est valable si le tiers ratifie, mais il n'est pas obligé à la ratification, et, s'il la refuse, je suis passible des dommages et intérêts de celui avec qui j'ai traité. »

Lors de la discussion au Corps législatif, le tribun Mouricault est encore plus bref (17 pluviôse, an XII). Il dit que les décisions du droit romain ont partout « dispensé la législation moderne de se faire entendre » ; de plus, il ne distingue pas la stipulation pour autrui de la promesse pour autrui, et s'exprime de la façon suivante, à propos des articles 1119, 1120 et 1121 réunis : « De la nécessité du consentement, il résulte encore que nul ne peut stipuler en son propre nom que pour lui-même, à moins qu'il ne s'engage personnellement à faire valoir la stipulation qu'il fait pour autrui, ou à moins qu'il ne fasse de la stipulation pour autrui la condition de la stipulation principale qui le concerne lui-même ; mais, dans l'un et l'autre cas, la stipulation accessoire n'oblige le tiers ou ne lui profite qu'autant qu'il y accède ».

De ces travaux peu instructifs sont sortis les articles 1119 et 1120, ainsi rédigés :

Art. 1119. — On ne peut, en général, s'engager

ni stipuler en son propre nom que pour soi-même.

Art. 1120. — Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement.

CHAPITRE PREMIER

ANALYSE DE LA PROMESSE DE PORTE-FORT

Il est nécessaire de définir d'abord brièvement le sens et d'indiquer la portée de la première partie de l'art. 1119 « on ne peut, en général, s'engager en son propre nom que pour soi-même ».

L'engagement est l'obligation du débiteur et s'oppose à la stipulation, qui est le droit du créancier. Il faut distinguer avec soin cette règle d'avec le principe de la représentation, et les mots « *en son propre nom* » indiquent que le promettant n'agit pas *au nom d'autrui*, c'est-à-dire comme *représentant* d'une autre personne, à titre de *mandataire* ou de *tuteur*, par exemple. L'article 1119 signifie donc que la promesse pour autrui faite par quelqu'un en son propre nom n'engage personne et n'engendre aucun lien juridique.

La promesse est nulle à l'égard du tiers, puisque le fait de s'obliger vis-à-vis de quelqu'un est une

chose essentiellement personnelle, exigeant le consentement ; d'autre part, le promettant ne s'est engagé lui-même à rien. C'est ce que disait Pothier (§ 56 pr.) : « La convention ne peut obliger ni ce tiers, ni moi. Elle ne peut obliger le tiers, car il n'est pas en mon pouvoir d'obliger un autre sans son fait. Elle ne m'oblige pas non plus, car, puisqu'on suppose que j'ai promis pour un autre et non pour moi, je n'ai pas entendu m'obliger ».

Cette disposition de l'article 1119 est une traduction presque littérale des textes romains, mais l'expression « *en général* », insérée pour rendre plus élastique la règle ancienne, fait pressentir une exception, formulée par l'article suivant.

La promesse pour autrui produit un effet, lorsque la personne qui prend l'engagement entend se lier elle-même.

Notre texte est donc rédigé d'une manière peu heureuse, et les auteurs l'ont vivement critiqué. En tant qu'il signifie qu'un contrat ne peut se former sans le consentement des parties contractantes, il exprime un principe rationnel évident ; par suite, il est inutile et n'est qu'une répétition de règles générales consacrées ; c'est la reproduction de l'art. 1165. — En tant qu'il affirme l'inefficacité d'un tel engagement et l'absence de tout lien obligatoire, même au regard du promettant, il est inexact et sans application, comme nous le verrons au cours de cette

étude ; en tout cas, l'article 1120 y apporte une restriction formelle.

Nombre d'auteurs ont fait imparfaitement cette analyse ; aussi les uns disent-ils « nous aurions pu nous passer de l'article 1119, qui n'exprime qu'une vérité on ne peut plus élémentaire » (1), tandis que d'autres jugent ainsi la disposition de l'article 1119 : « Cette règle ne doit plus subsister que comme une pure abstraction régissant des hypothèses improbables et incessamment remplacée par l'exception » (2).

Mais les uns et les autres s'accordent à reconnaître l'inutilité de l'article 1119 et à blâmer sa présence dans le Code.

SECTION I. — *Nature et étendue de l'obligation du porte-fort.*

Abordons l'analyse de l'article 1120.

Le promettant peut s'obliger personnellement, en promettant le fait d'autrui, et s'engager à procurer la ratification du tiers dont il a promis le fait ; on

(1) DEMOLOMBE, *Cours de Code Nap.*, t. 24, n. 213. V. aussi LAURENT, *Princ. de dr. civ. fr.*, t. 15, n° 532 et MARCADE, *Expl. th. et prat. du C. civ.*, t. 4, n° 431.

(2) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *Cours anal. de C. civ.*, t. 5, n° 29 bis.

dit alors qu'il se porte fort. Sa promesse devient valable, puisqu'il y a un obligé ; et cet obligé, c'est lui-même.

Toutefois la disposition de l'art. 1120 n'est point à proprement parler, comme pourrait le laisser croire dans sa rédaction le mot *néanmoins*, une dérogation à la règle de l'art. 1119, car le porte-fort promet son propre fait et non le fait du tiers qui reste étranger au contrat.

Si le tiers déclare ratifier, le porte-fort est libéré ; si au contraire il refuse de ratifier, l'obligation de faire contractée par le porte-fort restant sans exécution, ce dernier sera passible de dommages-intérêts envers le stipulant.

Les commentateurs du Code disent à l'unanimité que le porte-fort n'est pas garant de l'exécution du fait d'autrui, car il a simplement promis que le tiers s'obligerait (1). Il est libéré dès que le tiers a pris l'engagement pour son compte.

La rédaction de l'article 1120 confirme d'ailleurs cette opinion ; dans les mots « *celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier* », il ne faut pas voir l'indication de deux degrés dans la responsabilité du porte-fort, car le législateur n'aurait

(1) *Sic* BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE n. 132; LAURENT, t. 15, n. 543-544. — DEMOLOMBE, t. 24, n. 221, 226. — LAROMBIERE, *Th. et Prat. des Obligat.* Sur l'art. 1120, n. 6 ; DEMANTE ET COLMET DE SANT., t. 5, n. 31 *bis*; AUBRY et RAU, *Cours de dr. civ. fr.*, 4^e éd., t. 4, § 343 *ter*, texte et notes 8 et 9.

pas mis en dernier lieu précisément l'obligation la moins étendue, et renversé l'ordre logique de la gradation. De plus, il faudrait après les mots « *celui qui s'est porté fort* » sous-entendre « *de l'exécution* », et rien n'autorise cette addition. Enfin, le législateur avait encore l'occasion de placer le mot exécution dans le dernier membre de la phrase, et de remplacer « *si le tiers refuse de tenir l'engagement* » par « *si le tiers refuse d'exécuter l'engagement* » ; ce qu'il n'a pas fait.

Il serait bien étrange que les rédacteurs du Code, voulant rendre le porte-fort garant de l'exécution, n'aient pas une seule fois employé ce dernier mot, et ne se soient au contraire servis que de l'expression « *faire ratifier* », lorsqu'ils ont cherché à préciser le sens de « *se porter fort* ».

Nous terminons par un argument historique. Pothier dit, au deuxième alinéa du paragraphe 75 : « Mais si je me suis fait fort d'elle, si j'ai promis de la faire ratifier » sans user de la conjonction *ou*. Il est évident que les deux membres de phrase ont le même sens, et que le deuxième a pour but de préciser le premier. Or, le législateur qui a reproduit ce texte, avec l'addition de *ou*, n'a certainement pas voulu l'interpréter différemment. L'équivoque doit disparaître et la conjonction *ou* indique une assimilation.

Enfin, le porte-fort n'a-t-il pas atteint son but ?

Il a procuré au stipulant un débiteur responsable de l'inexécution du fait promis, par suite de la ratification ; il doit être mis hors de cause, dès la formation du contrat.

Cependant il en serait autrement, s'il résultait des termes de la convention que l'intention commune des parties a été que le promettant soit responsable de l'inexécution. La volonté des parties est souveraine ; celles-ci peuvent déroger au principe et étendre expressément ou implicitement l'obligation du porte-fort qui se rapprocherait alors du cautionnement (1).

En somme, il est essentiel de voir quelle a été l'intention des contractants, et le juge peut admettre, par interprétation de cette volonté, que l'engagement du porte-fort comprend celui de garantir l'exécution effective de la convention.

SECTION II. — *De la présomption de la clause
de porte-fort.*

Il n'est pas indispensable de prendre dans la convention précisément la qualité de porte-fort ; les expressions *se porter fort*, *se faire fort* n'ont rien

(1) Cf. l'art. 127 du Code fédéral des obligations.

de sacramentel, bien qu'elles soient généralement usitées. L'article 1120, en assimilant à la clause de porte-fort la promesse de faire ratifier, indique que les effets juridiques seront les mêmes, si le promettant emploie toute formule équivalente, et celui-ci est obligé, dès qu'il manifeste l'intention d'engager sa responsabilité propre, sous quelque forme que ce soit.

Mais faut-il aller plus loin, et décider que l'engagement qu'une personne prend en son propre nom pour un tiers, implique virtuellement une promesse de porte-fort ?

Ici les auteurs ne sont plus d'accord ; et nous nous trouvons en présence de deux systèmes.

Le premier se refuse à présumer la clause de porte-fort dans la simple promesse pour autrui (1), et invoque les raisons suivantes :

1^o Cette présomption anéantirait l'article 1119, puisqu'elle aboutirait à rendre valable la promesse du fait d'autrui ; il est préférable de respecter le texte de la loi et de lui conserver au moins une existence théorique.

2^o Pour l'admettre, il faudrait une disposition qui n'est pas écrite au Code. Bien mieux, le législateur

(1) *Sic* LAURENT, tome 15, n. 533, 543. — DURANTON. *Cours de dr. fr.*, t. 10; n. 209. — TOULLIER. *Droit civ. fr.*, t. 6, n. 136: — AUBRY et RAU, 5^e édit., tome 4, § 343 *ter*, note 4. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, n. 131.

tout en empruntant à Pothier la substance des articles 1119 et 1120, n'a pas reproduit l'alinéa 2 du paragraphe 56, qui dit qu'on doit présumer *facilement* l'intention de se porter fort chez le promettant, quoiqu'elle ne soit pas formellement exprimée ; il n'y a donc pas lieu de rétablir et d'admettre cette présomption. Laurent ajoute que « la doctrine du Code est bien plus juridique que celle de Pothier » (1), ce qui n'est vrai qu'à condition de considérer une interprétation comme d'autant plus juridique qu'elle est plus étroite. Et cela est contestable.

3° Il faut faire ici l'application du principe général d'après lequel on doit interpréter les clauses équivoques dans le sens le moins rigoureux pour le débiteur ; l'article 1162 conduit donc à exonérer le promettant.

Du reste, les partisans de ce système ajoutent que, dans la pratique, le juge devra résoudre le plus souvent la question dans le sens de la présomption (2), et ils arrivent à ce résultat paradoxal de poser en axiome que l'intention de se porter fort n'existe pas, puis d'admettre qu'en pratique elle devra presque toujours être supposée.

Suivant le deuxième système, il convient de pré-

(1) LAURENT, t. 15, n. 533.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *op. cit.*, n. 131.

sumer une promesse de porte-fort dans toute convention portant sur le fait d'autrui (1). Cette doctrine n'est du reste pas nouvelle et fut soutenue jadis par Grotius, Pufendorff et Voet qui disait : « *Moribus nostris generaliter placuit eum, qui alienum daturum vel facturum promisit, perinde obligatum reddi ac si promississet se effecturum ut alius det aut faciat* » (2). Elle s'appuie aujourd'hui sur les raisons suivantes :

1^o Il s'agit ici d'une question d'interprétation de volonté. Ou bien la promesse du fait d'un tiers n'est qu'un propos de conversation, un simple avis qui n'a pas le caractère de contrat, et alors il est clair que le promettant n'est pas obligé ; ou, au contraire, il s'agit d'une promesse sérieuse, et alors on ne peut raisonnablement supposer qu'il n'a pas entendu s'obliger. Entre deux interprétations d'un contrat, dont l'une y verrait la convention, dénuée d'effet, de l'article 1119, et l'autre y trouverait la convention valable dont parle l'article 1120, on ne doit pas hésiter à choisir la dernière.

Cette présomption, admise déjà, quoique timidement, par Pothier, doit devenir une règle logique dans notre droit moderne où la bonne foi et le

(1) *Sic* BUGNET sur POTHIER, notes 1 et 2 sous le § 56. — DEMOLOMBE, t. 24, n. 216. — MARCADE, t. 4, n. 430, 431. — DEMANTE, t. 5, n. 31 bis. — BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 564. — SALEILLES, *Essai d'une théorie génér. de l'obligat.*, n. 152.

(2) Comment. ad Pandect. Libr. XLV, t. I, § V.

bon sens président à l'interprétation des conventions et d'où les contrats de droit strict sont bannis.

2^o L'article 1157 déclare que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». Or, la promesse du fait d'autrui ne produira d'effet qu'avec l'intention tacite de se porter fort ; elle doit être interprétée *potius ut valeat quam ut pereat*.

Ce second système paraît être incontestablement le meilleur ; on lui reproche de ruiner l'article 1119, mais le mal est assez mince, car ce texte n'est que la reproduction surannée d'une ancienne règle qui n'était vraie à Rome même, que pour les contrats de droit strict, et dont la survivance est un contresens. D'autre part, notre jurisprudence est arrivée à réduire presque à néant la deuxième partie de cet article, qui défend les stipulations pour autrui, de sorte que ce texte tout entier n'offre plus qu'un intérêt restreint.

Les adversaires de la présomption objectent que l'article 1157 est étranger à la question et que, par suite, l'argument qu'on y puise est dénué de valeur ; en effet, disent-ils, cet article suppose l'existence d'une convention valable dont une clause est susceptible de deux sens ; or, ce qui est ici mis en discussion, c'est l'existence même du lien d'obliga-

tion, et non l'interprétation d'une clause de la convention. Cette objection nous paraît mauvaise. Rien n'indique d'abord que l'article 1157 ait voulu donner au mot *clause* un sens étroit ; à supposer qu'il lui ait donné ce sens, il n'y a aucun motif de borner l'application de l'art. 1157 aux clauses accessoires du contrat et de refuser à la disposition de ce texte le caractère d'une règle générale, visant les conventions elles-mêmes aussi bien que les clauses qui y sont incluses.

La jurisprudence a généralement admis que l'intention de se porter fort pour un tiers n'a pas besoin d'être formellement exprimée, mais qu'elle peut se présumer facilement (1) ; toutefois les tribunaux n'ont jamais déclaré que la promesse du fait d'autrui implique nécessairement cette intention. Signalons notamment un jugement du Tribunal de Toulouse du 29 juin 1905 qui dit : « Attendu que l'intention de se porter fort pour des tiers n'a pas besoin d'être formellement exprimée, et peut s'induire des circonstances... » (2).

Cependant, un arrêt de la Cour de Bourges, rendu le 24 février 1832 (3), fait exception et déclare

(1) V. Cass. 9 novembre 1853, D. 54, 5, 514, Paris, 7 avril 1903 (*Le Droit*, 9 oct. 1903 et *Gaz. Trib.*, 8 oct. 1903).

(2) Toulouse, 29 juin 1905. *Répert. gén. du Notar. et de l'Enreg.* du 30 oct. 1905, p. 709.

(3) Bourges, 24 fév. 1832, S. 32, 2, 539, D. 32, 2, 128.

que la clause de porte-fort ne peut résulter que d'une intention *formellement* manifestée. Mais cette décision est isolée.

Les deux systèmes doctrinaux que nous avons exposés conduisent en réalité au même but, quoique par des chemins différents. L'un commence par repousser la présomption, en principe, puis admet que pratiquement elle devra être presque toujours admise, sauf de rares exceptions. Il tolère par conséquent ce qu'une théorie trop rigoureuse lui a fait rejeter, mais en regardant comme une dérogation ce qui devrait être plutôt la règle générale. L'autre estime qu'il convient de présumer toujours la volonté de se porter fort, à moins d'une clause contraire. La divergence n'est donc pas aussi considérable qu'on pourrait le croire. L'intention des contractants est la question essentielle ; les circonstances de fait, la forme de l'acte, la nature de l'affaire, la qualité des parties sont des éléments d'interprétation décisifs en ce sens.

La plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que l'intention de se porter fort pour un tiers dont on promet le fait, résulte nécessairement de l'addition d'une clause pénale mise à la charge du promettant (1). Cette opinion, exacte au fond, nous sem-

(1) POTHIER, § 56, al. fin. — DURANTON, t. X, n. 216. — DEMO-
LOMBE, t. 24, n. 217. — LAURENT, t. 15, n. 540, 543. — AUBRY
et RAU, 4^e éd., t. 4, § 343 *ter*, texte et note 5. — BAUDRY et
BARDE, n. 131.

ble mal présentée, car, à notre sens, ce n'est pas la *stipulatio pœnae* qui implique la volonté de se porter fort, c'est la promesse du fait d'autrui elle-même, et il n'est pas nécessaire pour présumer la clause de porte-fort de faire intervenir la promesse accessoire et tout à fait secondaire d'une peine qui n'est que l'évaluation forfaitaire d'un dommage éventuel, la liquidation conventionnelle d'une indemnité possible.

Il convient de remarquer que, dans le cas d'une clause pénale, l'obligation principale est de rapporter la ratification, et non de payer la *pœnae*. MM. Baudry-Lacantinerie et Barde ont commis une erreur, suivant nous, en décidant que, dans l'hypothèse d'une promesse pour autrui, il est impossible qu'il y ait une clause pénale (1). Ces auteurs disent que la convention par laquelle les parties stipulent une peine, en vue de l'inexécution de la promesse pour autrui, engendre une obligation principale et conditionnelle, soumise à cette condition suspensive, « *si le tiers refuse de tenir l'engagement* ». Le tiers dont a promis le fait n'est certainement pas tenu d'accomplir celui-ci ; donc la seule obligation qui prenne naissance alors, c'est celle qu'on prétend découler de la clause pénale.

Nous répondrons que le tiers reste effectivement

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, n. 1358, 1359.

étranger au contrat, mais que l'obligation principale que ces auteurs n'aperçoivent pas, existe à la charge du promettant lui-même ; c'est une obligation personnelle de faire qui consiste dans l'obtention de la ratification du tiers. Dès lors, la clause pénale, conservant son caractère accessoire, peut trouver place dans la promesse pour autrui, bien que, du reste, elle ne la valide pas et que son rôle reste celui que nous venons de définir.

Laurent nous paraît également commettre une erreur sensible en disant : « En réalité, la clause pénale n'est autre chose que la clause de porte-fort. Celui qui promet le fait d'un tiers en se soumettant à payer une peine, pour le cas où le tiers ne tiendrait pas l'engagement, promet donc de l'indemniser du préjudice qu'il en souffre ; or c'est justement là l'effet de l'obligation contractée par le porte-fort » (1).

Cette assertion repose sur une confusion entre la promesse pure et simple de porte-fort et l'obligation de payer des dommages-intérêts, qui n'est qu'une conséquence de cette clause. Cette dernière est conditionnelle à la vérité, mais il y a quelque chose de plus qu'un simple engagement conditionnel dans la promesse du fait d'autrui. Le but visé surtout par les parties, c'est d'obtenir le fait d'un tiers, c'est-à-dire précisément d'éviter cette obliga-

(1) LAURENT, t. 15, n. 540.

tion prévue par l'article 1120, en empêchant la condition dont elle dépend de se réaliser. Le porte-fort ne s'engage pas seulement à payer et il est inexact de dire qu'en payant il exécute son obligation principale.

SECTION III. — *Dans quels actes juridiques et pour quelles personnes on peut se porter fort.*

Ce paragraphe va mettre en lumière le but et l'utilité de la promesse de porte-fort.

La convention par laquelle une personne se porte fort pour une autre présente une grande utilité et elle est assez usitée dans la pratique des affaires. Elle permet en effet de s'occuper des intérêts d'une personne éloignée du lieu du contrat. Mais elle est employée plus souvent encore pour suppléer à l'incapacité d'un tiers ; le cas le plus fréquent est celui où le tiers dont le fait est promis est incapable de s'obliger, parce qu'il est mineur ou interdit.

Par exemple, des copropriétaires peuvent, malgré l'absence de l'un d'eux, aliéner ou donner à bail un immeuble commun, en se portant fort pour celui-ci, et profiter ainsi d'une occasion avantageuse, pourvu que le contractant accepte l'engagement personnel qu'ils ont pris de faire ratifier.

De même, un père ou un tuteur, afin d'éviter les frais et les lenteurs qu'occasionnent les formalités protectrices légales nécessitées par l'incapacité d'un mineur, peut agir en son propre nom pour le compte de ce dernier dont il promet la ratification. On a fait observer avec raison que ce procédé peut présenter de graves inconvénients, parce qu'il enlève au mineur les garanties que la loi lui assure, grâce aux formalités prescrites. Il faut donc considérer comme nul un acte qui aurait pour but d'éluder les exigences de la loi. Si on autorise un tuteur à se porter fort pour son pupille, quelle situation sera faite à celui-ci, lors de sa majorité ? Il se regardera comme moralement obligé de ratifier une opération, même désavantageuse pour lui, pour ne pas engager plus ou moins la responsabilité pécuniaire d'une personne dont il a reçu les soins et envers qui il est lié par la reconnaissance. L'hypothèse serait plus saisissante encore, s'il s'agissait non d'un tuteur, mais d'un père.

Nous ne méconnaissons pas la force de ces arguments, mais nous préférons l'opinion adverse. L'opération est juridiquement très régulière, puisque d'une part le tuteur seul contracte une obligation, et que d'autre part l'incapable reste libre de donner ou de refuser sa ratification, à sa majorité. Remarquons d'ailleurs que la ratification devra logiquement intervenir après l'apurement du compte de

tutelle, parce que ce n'est qu'alors que le pupille peut se trouver tout à fait indépendant ; la disposition de l'article 472 s'étendrait ainsi à notre hypothèse.

La convention de porte-fort se rencontre aussi très fréquemment dans les partages et sert à éviter l'emploi des formes judiciaires toujours fort onéreuses ; il suffit alors que l'un des copartageants se porte fort pour l'incapable ou l'absent et promette sa ratification.

On peut se porter fort de l'accomplissement de toute espèce de faits susceptibles d'être l'objet d'une convention valable. Il est certain que l'expression *fait*, employée dans l'article 1120, est prise dans le sens le plus large et désigne une prestation quelconque (1). Le porte-fort peut promettre que le tiers s'obligera, ou qu'il fera un transfert de propriété, ou qu'il accomplira un fait, ou qu'il s'en abstiendra.

Un mari cotuteur avec sa femme d'un enfant de celle-ci peut rendre des comptes de tutelle, tant en son nom personnel qu'au nom de sa femme, en se portant fort pour elle. Après la ratification de cette dernière, le mineur ne peut plus attaquer le compte comme n'ayant pas été rendu par la tutrice (2).

(1) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. 4, § 343 *ter*, texte et note 7. — BAUDRY et BARDE, n. 134.

(2) Cass. 24 oct. 1905 (*Le Droit*, 12 fév. 1906).

Un tiers peut entrer dans une société par l'intermédiaire d'un porte-fort sans mandat, et sa ratification entraînera la formation de la société (1).

Il a été jugé aussi que le père, usufruitier légal, peut, en donnant à bail les biens de ses enfants mineurs pour une durée de dix-huit ans, se porter fort de l'acceptation de ceux-ci. La promesse est valable, et les enfants, héritiers de leur père, sont exposés à un recours en dommages-intérêts, s'ils refusent la continuation du bail (2).

On peut se porter fort pour toute personne, même pour un individu incapable de s'obliger. Quoique l'obligation du mineur soit annulable par suite de la minorité, le promettant n'en reste pas moins personnellement tenu (3). Le contrat est fait entre parties capables et n'est frappé, quant à elles, d'aucune cause de nullité.

Peu importe en effet l'incapacité du tiers pour lequel on se porte fort. Cette incapacité ne peut nuire au stipulant, soit qu'il n'y ait pas ratification, puisqu'il a un recours contre le porte-fort, soit que l'incapable ratifie, étant encore en état d'incapacité, puisqu'une telle ratification est annulable, et par suite peut être déclarée non avenue, soit enfin que

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. *De la société, du prêt et du dépôt*, n. 63.

(2) Douai, 5 juill. 1877. — S. 78, 2, 45. P. 78. 219.

(3) Cass. 16 fév. 1814. S. 14, 1, 117.

la ratification arrive à une époque où l'incapacité aura cessé, puisque jamais il n'y aura eu de cause de nullité (1).

Celui qui se porte fort pour un mineur ne peut pas se prévaloir des moyens de nullité résultant de l'incapacité de ce dernier.

Le droit de se porter fort est reconnu aux tuteurs par la majorité des auteurs et par la jurisprudence de la Cour de Cassation (2).

Il va sans dire que le notaire, devant lequel est passé un acte renfermant une stipulation au profit d'une personne absente ou incapable, ne peut se porter fort pour celle-ci, car il ne lui est pas permis d'être à la fois notaire et partie dans le même acte. Ainsi, il lui est interdit de faire une acceptation au nom du donataire dans le contrat auquel il concourt (3).

La disposition de l'article 1599, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui, est inapplicable à la convention par laquelle une personne se porte fort de procurer à une autre la propriété d'une chose appartenant à un tiers, en obtenant la ratification de celui-ci (4).

(1) Cass. 29 mars 1852, S. 52. 1. 385. D. 54. 1. 392.

(2) *Id.*

(3) Toulouse, 31 juill. 1830, S. 31. 2. 133. D. 31. 2. 124.

(4) AUBRY et RAU, 4^e éd., t. 4, § 351. — Turin, 17 avril 1811. S. 12. 2. 155. — Limoges, 1^{er} juill. 1822, S. 22. 2. 360. — Paris, 25 août 1845, S. 46. 2. 161. — Cass. 8 janv. 1866, S. 66. 1. 99.

Ce point nécessite une explication. La vente de la chose d'autrui est nulle dans notre législation, tandis qu'elle était valable en droit romain et dans l'ancien droit, parce qu'elle n'a plus le même caractère qu'autrefois. Jadis, elle était un contrat simplement productif d'obligation ; elle est aujourd'hui un contrat translatif de propriété. Or, je puis contracter une obligation relative à la chose d'autrui et promettre de la faire avoir à un tiers, mais je ne puis aliéner de suite cette chose ; la convention serait juridiquement impossible, à cause de la règle : *Nemo dat quod non habet*.

La conséquence logique de cette règle est qu'elle ne s'applique pas lorsque la vente portant sur la chose d'autrui a le caractère d'une obligation contractée par le vendeur de faire mettre l'acheteur en possession de la chose, lorsque la vente, au lieu d'être translatrice de propriété, est productive d'obligation.

Or, c'est ce caractère de vente *romaine* que présente la vente de la chose d'autrui, accompagnée d'une promesse de porte-fort.

La validité de cette vente ne fait pas de doute, lorsque les parties ont formellement déclaré dans l'acte leur intention de subordonner la vente à la ratification du propriétaire. Il semble qu'on puisse également l'admettre, alors même que les parties ne se seraient pas expliquées aussi nettement à cet

égard. D'après MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat, la même interprétation serait possible et pour les mêmes motifs, s'il était démontré par des preuves puisées en dehors de l'acte de vente, par exemple, par l'aveu des parties, qu'elles ont su l'une et l'autre en contractant que la chose appartenait à autrui (1).

On peut se porter fort de l'accomplissement de toute espèce de faits susceptibles de servir d'objet à une convention ; mais ce principe général souffre, suivant l'opinion courante, certaines exceptions ; nous voulons parler des conventions matrimoniales qui, dit-on, sont frappées de nullité radicale et ne peuvent être ratifiées, lorsqu'un tiers a déclaré se porter fort pour l'un des futurs époux absent. L'intervention, du reste possible, d'un porte-fort dans les donations et les partages d'ascendant, soulève aussi de graves difficultés. Nous ne pouvons traiter à cette place ces deux questions importantes, qui méritent chacune un chapitre spécial, et ne sauraient être clairement élucidées que lorsque l'étude de la clause porte-fort en général sera achevée. Aussi les renvoyons-nous à la fin de ce travail.

Examinons un dernier détail. Faut-il considérer comme parties à un acte notarié, au sens des arti-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT. *De la Vente et de l'Echange*, n. 116.

cles 11 et 13 de la loi du 25 ventôse an XI, les personnes pour lesquelles un contractant déclare se porter fort ?

Le caractère personnel de l'engagement du porteur fort semble rendre inadmissible cette thèse. Tant que le tiers n'a pas ratifié, il n'est pas partie, à proprement parler ; dès lors le notaire n'est pas obligé, sous peine d'amende, d'énoncer dans l'acte les noms, prénoms, qualités et demeures de ces personnes. C'est la solution donnée par le Tribunal de Belfort, le 10 décembre 1861 (1).

Deux avis du Conseil d'Etat des 12 décembre 1831 et 17 juin 1834 décident que lorsqu'un individu se porte fort dans un acte pour des mineurs, il n'est pas nécessaire de mentionner les noms et qualités de ceux-ci.

Toutefois la Cour de Rennes, par un arrêt du 31 août 1841 (2), et la Cour de Cassation, par un arrêt du 18 janvier 1848, (3) se sont prononcées en sens contraire.

(1) Belfort, 10 déc. 1861, S. 62. 2. 566. — *Sic* ROLLAND DE VIL-LARGUES, *Vis*, acte notarié n. 20 et *Stip. p. autr.* n. 37; et CLERC, *Manuel du Notar.*, t. 2, n. 361.

(2) S. 42. 2. 71.

(3) D. 48. 1. 38.

SECTION IV. — *Comparaison de la promesse de porte-fort avec le mandat, la gestion d'affaires et le cautionnement.*

Afin d'apporter plus de clarté à cette étude, il convient de délimiter exactement le domaine de la clause de porte-fort et de montrer en quoi elle se distingue de contrats voisins auxquels on a parfois essayé de l'assimiler.

Le mandataire diffère absolument du porte-fort, lorsqu'il agit dans les limites de sa procuration. Il contracte au nom d'autrui, et les effets juridiques de l'acte accompli, au lieu de le toucher, se réalisent en la personne du représenté. Le mandataire ne s'engage pas vis-à-vis du tiers et n'est tenu qu'envers le mandant.

Lorsque le mandataire dépasse ses pouvoirs, il en est autrement, car il agit en réalité sans mandat ; sa situation ressemble beaucoup à celle du porte-fort ; pourtant l'article 1997 nous indique une sensible différence. Au cas de non-ratification, le mandataire ne peut être rendu responsable du préjudice éprouvé par le cocontractant que s'il n'a pas donné à celui-ci une connaissance suffisante de ses pouvoirs. Si, au contraire, il n'a pas caché qu'il agissait en dehors de sa procuration, il n'est pas en faute

et le tiers sera considéré comme ayant traité à ses risques et périls.

Mais s'il s'est, en outre, porté fort de la ratification de ce qu'il a fait au delà de son mandat, il s'oblige et le tiers a droit à une indemnité parce qu'il y a engagement personnel du mandataire inséré dans l'acte passé pour le compte du mandant.

La qualité de porte-fort ne peut être invoquée par un contractant qui a pris d'abord expressément une qualité différente. Ainsi, lorsque le mandataire du tiers a acquis un immeuble au nom de celui-ci, la propriété de l'immeuble est transmise au mandant, indépendamment de toute ratification de sa part, et c'est vainement que le mandataire prétendrait ensuite revenir sur la qualité qu'il a prise et soutenir qu'il n'a agi que comme simple porte-fort (1).

Le gérant d'affaires ressemble beaucoup au mandataire qui a dépassé ses pouvoirs ; agir sans mandat ou agir au delà de son mandat, n'est-ce pas en réalité la même chose ? Ce que nous venons de dire du mandataire reste vrai du gérant. Ce dernier, contractant au nom d'autrui, ne s'engage à rien lui-même et ne sera passible de dommages-intérêts que s'il s'est rendu coupable en induisant en erreur l'au-

(1) Cass. 11 avril 1877, S. 77, 1. 225. D. 77. 1. 190).

tre partie sur l'étendue de ses pouvoirs ou en lui laissant croire qu'il a qualité pour représenter le tiers, et que par conséquent celui-ci serait obligé par le contrat (1). Si, au contraire, il ne cache pas qu'il agit sans pouvoirs, aucune action ne peut être dirigée contre lui. Cette règle très logique s'applique au cas du gérant comme à celui du mandataire qui dépasse son mandat. Il résulte de là que la situation d'une personne qui a contracté en connaissance de cause avec un représentant non autorisé est très défavorable, puisqu'à défaut de ratification elle ne peut agir ni contre celui qui a passé le contrat ni contre celui au nom duquel il a été passé. Aussi très souvent ne consent-elle à contracter que si une garantie lui est fournie par le gérant. Ce but ne peut être atteint par la voie du cautionnement, puisque l'obligation du représenté est encore inexistante. La promesse de porte-fort remédie à ce danger.

En résumé, le *negotiorum gestor* ne contracte un engagement personnel que lorsqu'il manifeste la volonté de se porter fort. Cette intention sera d'ailleurs fréquemment présumée. Pour se soustraire à cette interprétation, le gérant aura intérêt à se dégager expressément de l'obligation de porte-fort. Le tiers, de son côté, pour être sûrement garanti contre l'éventualité de la nullité de l'obligation du

(1) Cf. l'art. 48 du Code fédéral des Obligations.

maître, agira sagement en stipulant nettement la clause de porte-fort.

Si cette intention fait défaut, le gérant peut être, dans certains cas, rendu responsable du préjudice commis par sa faute, mais jamais il ne contracte, à l'instar du porte-fort, l'obligation de rapporter la ratification du maître.

On ne doit pas non plus assimiler le porte-fort à une caution, car il y a entre eux des différences caractéristiques. L'obligation du porte-fort est un engagement principal envers le stipulant, en dehors de tout rapport obligatoire entre ce dernier et le tiers. Elle est en apparence une garantie de ce qui a été promis au nom du tiers ; en réalité, il n'y a pas de garantie accessoire, puisque le tiers n'est pas obligé. Le seul débiteur principal est le porte-fort.

Le cautionnement au contraire suppose nécessairement une obligation principale et indépendante, généralement antérieure, quelquefois concomitante ; il est donc un engagement accessoire.

Le porte-fort promet seulement que le tiers consentira à prendre pour lui le contrat, à ratifier ou à tenir l'engagement, comme dit l'article 1120. Il est donc libéré dès que la ratification a eu lieu et ne répond pas de l'exécution, tandis que la caution garantit l'exécution d'une obligation déjà formée.

De plus, l'objet de l'obligation différera également,

si la ratification n'intervient pas ; le porte-fort est tenu d'indemniser le stipulant du préjudice subi, mais non de prêter ce qu'il a promis pour le tiers ; la caution au contraire doit accomplir elle-même l'obligation à laquelle le débiteur refuse de satisfaire. Elle prend la place de ce dernier. Il y a identité complète entre l'engagement de la caution et celui du débiteur principal. Dans le cas du porte-fort, au contraire, il n'y a nullement identité entre le fait d'autrui qui est promis et les dommages-intérêts, dûs à défaut d'exécution.

Il est évident que le cautionnement ne peut avoir un objet plus étendu que celui de l'obligation principale, et n'est jamais fait sous des conditions plus onéreuses. Lorsqu'il excède la dette, il est réductible à la mesure de cette obligation (art. 2013). On ne doit pas appliquer ces règles spéciales à l'engagement du porte-fort. L'indemnité due par lui peut être réglée arbitrairement par les parties et excéder le montant de la dette principale (1).

Nous avons à peine besoin de noter que le porte-fort n'est pas fondé, en cas de poursuites, à opposer le bénéfice de discussion, accordé à la caution, puisqu'il est débiteur principal.

Aucun recours ne lui est ouvert, s'il a payé, contre celui dont il avait promis le fait et qui a refusé de

(1) PONT. *Des petits contrats*, t. 2, n. 12.

s'engager. La caution, au contraire, a toujours un recours contre le débiteur principal, en raison du caractère accessoire de son obligation. Tandis que la caution doit être rendue complètement indemne, le porte-fort supportera toutes les conséquences de sa promesse.

En outre, il ne saurait bénéficier de la subrogation légale accordée par l'art. 1251-3° à celui qui est tenu avec d'autres ou pour d'autres. En se portant fort pour un tiers, on s'oblige bien en faveur d'autrui, mais on n'est pas tenu pour autrui ; il n'y a eu à aucun moment la coobligation que suppose l'art. 1251. Le tiers n'est pas débiteur, avant d'avoir ratifié ; ce n'est donc pas la dette du tiers que le porte-fort a payée, ni comme tenu pour lui qu'il a fait le paiement, mais bien comme tenu de son propre engagement.

De ce que le promettant est obligé principalement, il résulte qu'il peut se porter fort de faits qui ne sont pas susceptibles d'être valablement cautionnés. Nous savons en effet, que le cautionnement ne peut porter sur un engagement nul en lui-même et que son sort est intimement lié à celui de l'obligation à laquelle il se rattache.

Ainsi, une obligation est-elle nulle pour vice de consentement, comme ayant été contractée sous l'empire de la violence, par ex., sa nullité, si elle est prononcée, rejaillira sur le cautionnement qui y

a été adjoint, mais on pourrait se porter fort de la faire ratifier, et le promettant resterait obligé, alors même que le débiteur principal poursuivrait et obtiendrait l'annulation.

Nous savons, en effet, que le cautionnement peut s'appliquer à une obligation annulable, lorsque la cause de nullité est l'incapacité de l'obligé (art. 2012 al. 2) ; l'annulation de l'obligation principale ne libère pas la caution. Il résulte des travaux préparatoires et du texte de l'article en question, que la caution est au contraire déchargée en même temps que le débiteur principal, quand un vice du consentement est la cause de la nullité (1). Mais le porte-fort peut s'engager pour un tiers qui a contracté une obligation annulable pour vice de consentement, et répondre de la confirmation de cet acte. La caution qui veut garantir le créancier précisément contre le risque éventuel de la nullité, en promettant soit que le débiteur fera la confirmation, soit qu'il n'intentera pas une action en nullité, devient un porte-fort. Nous avons alors un mélange intéressant de cautionnement et de clause de porte-fort. Le garant est obligé comme caution, tant qu'il y a une obligation principale ; quand celle-ci n'existe plus, il devient porte-fort, et reste tenu de payer

(1) Cette solution est d'ailleurs conforme à la tradition (POTHIER, *Oblig.* n. 381. — V. PLANIOL, T. 2, 3^e éd., n. 2331.

des dommages-intérêts, mais il est libéré en tant que caution, et ne jouit plus des bénéfices ni du recours qu'il aurait eus en cette qualité.

Rien ne s'oppose à ce que la qualité de porte-fort soit doublée de celle de caution. Les parties ont à cet égard une entière liberté. La dette du porte-fort cesse au moment où commence celle de la caution, mais il est certain qu'une même personne peut jouer successivement l'un et l'autre rôle, si la convention renferme, outre la promesse de faire ratifier, celle de l'exécution effective.

Il faut remarquer que ce cas est très différent de l'hypothèse précédente. Ici l'obligation de caution succède à celle de porte-fort ; les deux engagements n'ont d'ailleurs pas coexisté.

La doctrine est à peu près unanime à établir une distinction entre notre clause et le cautionnement (1). Cependant la thèse contraire a été soutenue par Championnière et Rigaud (2), qui prétendent que la première entraîne le second ; et, très récemment, elle a trouvé de nouveaux défenseurs (3).

(1) DURANTON, t. 10, n. 217. — TROPLONG, *Du cautionnement*, n. 29 et s. — DEMOLOMBE, t. 24, n. 221. — DEMANTE, t. 5, n. 31 bis. — LAURENT, t. 15, n. 543. — HUC, t. 12, n. 174. — AUBRY et RAU, t. 4, § 343 *ter*, texte et note 8. — PLANIOL, 3^e éd., t. 2, n. 2326.

(2) *Tr. des Dr. d'Enreg.*, t. 1, n. 207 et 208.

(3) M. LEVY-ULLMANN, prof. à la Faculté de droit de Lille, à son cours (1903-1904). — M. A. TAMBOISE. *De la clause de porte-fort. Essai d'une théorie nouvelle*. Lille, 1906.

Nous réfuterons brièvement cette opinion, car les pages précédentes ont sans doute démontré suffisamment qu'une pareille confusion n'est pas possible.

Cette théorie intéressante tend à faire entrer le porte-fort comme partie accessoire dans le contrat passé entre le tiers et le stipulant, au lieu d'en faire un simple instrument de formation. Elle invoque les raisons suivantes :

1° Pothier s'est servi à deux reprises du mot *inexécution*, en parlant des conditions d'exigibilité des dommages-intérêts dûs par le porte-fort, dans le § 56 de son *Traité des obligations*.

2° La conception d'un cautionnement anticipé et éventuel est juridique, et doit être admise par analogie avec la constitution d'hypothèque en vue de créances futures.

3° La rédaction de l'article 1120 ne s'oppose pas formellement à l'idée d'un porte-fort caution ; au contraire, elle en contient le germe.

Le premier argument est dénué de valeur ; en effet, il renferme une erreur due à un examen trop superficiel du paragraphe 56 visé, dont nous rappelons les termes : « En ce cas, la convention est valable, et elle oblige celui qui a promis aux dommages et intérêts résultant *de l'inexécution de ce dont il s'est fait fort*. Lorsqu'en promettant le fait d'un autre, vous vous soumettez à payer une certaine peine, ou mên-

me simplement aux dommages et intérêts, en cas d'inexécution, il n'est pas douteux qu'en ce cas vous n'avez pas entendu promettre simplement le fait d'un autre et *de alio tantum promittere*, mais que vous avez entendu vous faire fort de lui et *de te promittere* ». Il est clair que Pothier ne parle que de l'inexécution de ce que le porte-fort a promis ; cette promesse peut avoir pour objet la ratification du tiers ou bien l'exécution même. Ce texte ne tranche donc pas la difficulté, puisqu'il ne précise aucunement l'objet de l'engagement du porte-fort, et ne fait allusion qu'aux dommages et intérêts, dûs dans l'éventualité de l'inexécution de cette promesse, quelle que soit son étendue. Nous emploierons, nous aussi, un langage identique à celui de Pothier, et nous dirons plus loin que, conformément à l'article 1142, l'obligation de faire du porte-fort se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution du fait promis.

La solution cherchée est au contraire très nettement indiquée dans le § 75, où Pothier dit : « Mais si je me suis fait fort d'elle, si j'ai promis de faire ratifier, etc. », et l'expression *ratifier* revient dans le paragraphe, à quatre reprises différentes. C'est donc seulement ce passage qui désigne de la façon la plus claire ce à quoi le promettant s'engage, et ici il n'est plus question de l'exécution.

D'ailleurs, même en admettant que la responsa-

bilité du porte-fort ne soit dégagée qu'après l'exécution, il n'en resterait pas moins vrai qu'elle se distingue de celle de la caution, à de nombreux points de vue, et notamment à celui-ci, que la promesse du porte-fort peut avoir un objet autre et plus étendu que celui de l'obligation du tiers, revêtant la forme de dommages-intérêts arbitrairement fixés.

Le deuxième argument est sans force. Le cautionnement, dit-on, peut précéder la dette, de même qu'il peut lui survivre (art. 2012, § 2). Cette raison n'est peut-être pas très convaincante, car la majorité des auteurs reconnaissent que l'obligation accessoire se rattache à une obligation naturelle qui survit à l'obligation annulée, la nature du cautionnement ne lui permettant pas d'avoir une existence indépendante. En supposant qu'une obligation future soit susceptible de cautionnement, il n'y aura réellement cautionnement que lorsque l'engagement principal existera. La caution avant cette date pourra se trouver liée, mais la dette elle-même n'est pas née ; — or, l'obligation du porte-fort cessera précisément le jour où naîtra cette dette principale, et par le fait même de sa naissance. Le porte-fort ne sera donc jamais une caution, puisque les deux obligations ne peuvent coexister.

L'article 1120 nous semble aussi être un obstacle insurmontable à cette théorie. Nous ne recommencerons pas l'analyse de ce texte, qui a été faite de

façon détaillée. Rappelons seulement qu'il présente le promettant comme tenu de la ratification pure et simple, et que rien dans sa rédaction ne permet d'y trouver la notion d'une responsabilité plus étendue. La seule partie de l'article qui pourrait prêter à l'équivoque est le dernier membre de phrase « *si le tiers refuse de tenir l'engagement* ». Tenir un engagement n'est pas nécessairement synonyme d'exécuter un engagement ; il a évidemment cette signification lorsqu'il s'agit d'un engagement personnel déjà pris. Au contraire, quand l'engagement a été contracté par une tierce personne sans mandat, *le tenir* a le sens de le prendre pour son compte, pour soi. Cette expression veut donc dire ici *s'engager* et non pas *exécuter*.

Nous ajouterons que la nécessité d'une telle interprétation de l'article 1120 ne paraît pas s'imposer. Il est loisible aux parties de se lier rigoureusement, si elles veulent le faire ; mais, la promesse de porte-fort fonctionnant souvent isolément et n'étant alors onéreuse que pour le promettant, on ne doit pas, en l'absence de termes précis, aggraver encore la responsabilité de celui-ci, et le sacrifier au profit du stipulant.

Enfin, nous terminerons cette discussion par un argument qui paraît être décisif. L'article 2015 dit : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès et on ne peut pas l'étendre au delà des limites

dans lesquelles il a été contracté ». Le cautionnement ne doit pas être présumé équitablement ; il ne doit pas l'être davantage juridiquement.

Mais, objectera-t-on, l'article 2015 n'indique pas qu'une formule sacramentelle soit nécessaire. Une affirmation vague ne peut jamais en tenir lieu, il est vrai ; et il est indispensable, mais suffisant, que l'intention de se porter caution soit exprimée (1). Or, il faut précisément admettre que l'expression *se porter fort* exprime la volonté de se rendre caution ; le promettant devient une caution par cela seul qu'il emploie, en s'engageant, cette locution ou une autre équivalente.

Soit ; mais alors ce sera l'intention de *se porter fort* qui ne pourra se présumer, et qui ne trouvera place dans la promesse pour autrui qu'à condition d'être expresse. Or, une telle conséquence, qui est le point d'aboutissement du système que nous critiquons, est inadmissible pour les raisons que nous avons précédemment développées, et, de plus, est en désaccord avec les quelques décisions jurisprudentielles qui existent sur la matière.

Cette théorie, séduisante au premier abord, parce qu'elle semble donner à la clause de porte-fort l'interprétation la plus étendue, est, en réalité, rétrograde. Elle finit, en dernière analyse, par nous ra-

(1) V. Chambéry, 2 déc. 1878, S. 79. 2. 53 ; Toulouse, 1^{er} févr. 1889. D. 90. 2. 53.

mener à un régime formaliste, où le promettant ne s'obligerait qu'expressément, par suite rarement.

Nous nous résumerons en disant que ce système doit être repoussé : 1^o parce qu'il est contraire aussi bien à l'art. 2015 qu'à l'art. 1120 ; 2^o parce qu'il a pour conséquence de rendre presque toujours inefficace la promesse du fait d'autrui.

CHAPITRE II

DE LA SITUATION JURIDIQUE DES PARTIES AVANT LA RATIFICATION

Nous allons examiner la situation juridique des parties intéressées par la promesse de porte-fort pendant la période qui s'étend depuis cette clause jusqu'à la ratification du tiers. Toute convention pour autrui, qu'elle soit une stipulation ou une promesse pour autrui, un mandat, un contrat de commission ou une gestion d'affaires est une opération complexe qui met en présence trois personnes. Il s'agit d'étudier les droits que celles-ci sont susceptibles d'avoir ou les obligations dont elles peuvent être tenues. Pour rester dans les limites du sujet, nous laisserons de côté ce qui concerne les engagements qu'auraient pu prendre les parties, en dehors de la clause de porte-fort ; en effet, la promesse pour autrui n'altère point les effets habituels de ces contrats qui sont régis par le droit commun.

a) Situation du porte-fort.

Le porte-fort est tenu de rapporter la ratification du tiers, c'est-à-dire de faire que celui-ci s'oblige, en prenant à son compte l'engagement qui a été contracté. Nous verrons plus loin s'il est tenu seulement de faire tous ses efforts pour y parvenir, ou s'il est tenu d'y réussir. Cette promesse donne naissance à une obligation de faire qui, en cas d'inexécution, se résoudra en dommages-intérêts. Mais entre le porte-fort et le tiers aucun lien obligatoire n'existe ; car le promettant ne s'est obligé qu'envers le stipulant ; de plus, il n'a eu ni l'intention ni la possibilité d'obliger envers lui-même le tiers.

Il arrive fréquemment que le porte-fort est lui-même partie à un contrat synallagmatique, où le tiers pour lequel il s'engage aurait dû intervenir, mais n'intervient pas pour cause d'absence ou d'incapacité. Souvent en effet une personne contracte personnellement, et, de plus, s'engage pour un tiers absent ou incapable, en se portant fort. Il en est ainsi lorsque le contrat avantageux qui s'offre à elle ne peut être passé en dehors du tiers coïntéressé. Cette hypothèse se rencontre en pratique pour les ventes d'immeubles indivis entre plusieurs copropriétaires, les uns majeurs, les autres mineurs. Les premiers vendent l'immeuble, en se portant fort

que les mineurs ratifieront la vente. Peuvent-ils, dès avant la ratification par les mineurs, demander l'exécution du contrat, c'est-à-dire réclamer le paiement du prix, ou, à défaut de ce paiement, poursuivre la résolution de la vente ? Peuvent-ils former cette demande sans que leurs droits sur la chose vendue aient été préalablement déterminés par un partage ?

L'affirmative sur cette question a été admise avec raison par la doctrine et la jurisprudence (1).

Dans l'espèce, les porte-fort sont parties principales, même parties uniques au contrat, où les mineurs ne figurent pas. La clause de porte-fort prouve que ces derniers y restent étrangers. On ne peut donc prétendre que les majeurs en se prévalant ainsi du contrat, à l'exclusion des mineurs, privent ces derniers des bénéfices de l'opération.

On objecterait vainement aussi que les majeurs ont vendu la chose d'autrui, au moins pour la part des mineurs ; que l'acheteur, par suite, est exposé à être évincé, et que ce danger d'éviction lui permet de suspendre le paiement du prix, conformément à la disposition de l'article 1653. En effet, la fin de ce texte lui-même fournit une réponse péremptoire, en portant que l'acheteur qui s'est engagé à payer,

(1) Cass. 25 mai 1852, S. 52. 1. 516. D. 52. 1. 279. — LAROMBIERE. Sur l'art. 1120, n. 4. — LAURENT, t. 15, n. 546. — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. 4, § 343 *ter*, texte et note 12. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, n. 133.

nonobstant le trouble, ne peut pas suspendre le paiement du prix. Or, la clause de porte-fort suppose que l'acheteur s'oblige à payer, car il connaît la situation, ainsi que le danger du trouble, lors de la vente (1). S'il accepte néanmoins le contrat, c'est qu'il estime que la responsabilité du porte-fort constitue pour lui une garantie suffisante, au cas où le mineur ne ratifierait pas la vente et revendiquerait sa part ; c'est qu'il juge que les dommages-intérêts réclamés au porte-fort l'indemniseront d'une manière satisfaisante.

b) *Situation du tiers.*

La convention passée entre le porte-fort et le stipulant est à l'égard du tiers *res inter alios acta*, tant qu'il ne l'a pas prise pour son compte personnel par la ratification. Il en résulte que les obligations à naître de la convention ne peuvent être mises à sa charge, et, inversement, qu'il ne saurait se prévaloir des avantages découlant du contrat, s'il en existe. De ce principe la jurisprudence a tiré les conséquences suivantes :

L'immeuble acquis par un majeur à la fois pour lui-même et pour un mineur dont il promet la ratification, à la majorité de celui-ci, n'appartient à

(1) Trib. civ. Lyon, 21 mars 1900 (*Mon. J. Lyon*, 14 mai 1900).

ce mineur pour sa part qu'après la ratification. S'il décède avant sa majorité, la part acquise en son nom ne dépend pas de sa succession et n'est pas soumise au droit de mutation, à la charge des héritiers (1).

Les parties contractantes peuvent, sans se préoccuper des intérêts du tiers, résilier ou modifier la convention, ou décider que le porte-fort en aura le profit, si les circonstances le permettent (2).

Si une personne a acquis une chose pour le compte d'un tiers, en se portant fort pour lui, elle peut, tant que l'acquisition n'a pas été ratifiée, transférer valablement à une autre personne la propriété de cette chose, sans que le tiers puisse s'y opposer (3).

Notons bien que la promesse de porte-fort doit être toujours distinguée de la gestion d'affaires, sur laquelle elle vient se greffer si souvent ; au cas de *negotiorum gestio*, le tiers pourrait se trouver immédiatement obligé, en raison de l'opportunité de l'intervention du gérant.

(1) Sol. adm. Enreg., 25 juin 1875, D. 77. 3, 16.

(2) Cass. 12 fév. 1873, S. 73. 1. 457. — Bordeaux, 21 juill. 1827; S. et P. ch. 27. 2. 171.

(3) Toulouse, 27 juin 1839, S. 40. 2. 110. — *Sic* BAUDRY-LACANTINIERE et BARDE, n. 137.

c) Situation du stipulant.

Le stipulant a pour débiteur le porte-fort seul et non pas le tiers qui est étranger au contrat jusqu'à la ratification. La seule question intéressante qui se pose ici est celle de savoir quand et comment l'engagement du porte-fort peut être révoqué, et à qui appartient ce droit de résiliation.

Le tiers, n'ayant aucun droit, ne peut empêcher les contractants d'anéantir la convention. Il n'y a donc pas lieu de s'occuper de lui pour fixer la nature et l'attribution du droit de révocation, qui ne peut émaner que du stipulant ou du promettant. Mais à qui appartient-il ? La résiliation peut-elle être unilatérale ou doit elle être faite d'un commun accord ?

Le stipulant peut évidemment renoncer à se prévaloir de la promesse intervenue en sa faveur. Cette faculté résulte pour lui des principes généraux du droit. On lui a promis que le tiers consentirait à un engagement. Jusqu'à la ratification, il y a simplement offre de sa part d'accepter cet engagement. Il n'est donc pas d'ores et déjà lié envers le tiers.

Quant à l'obligation du porte-fort, elle constitue pour lui un avantage auquel il lui est loisible de

renoncer (1). La révocation de l'engagement du porte-fort dépend de sa seule volonté et doit certainement être considérée comme une remise de dette (2).

Le porte-fort ne pourrait se dégager de l'obligation qu'il a contractée qu'autant que le stipulant y consentirait. L'assentiment de ce dernier est nécessaire, et le promettant ne se libère pas de son engagement, à son *gré*. D'ailleurs, il est plus exact de dire que ce n'est pas le porte-fort qui se dégage avec le consentement du stipulant, mais que c'est celui-ci qui fait au promettant remise de sa dette, puisqu'il s'agit d'une obligation unilatérale.

(1) Solut. expresse dans le Code civ. espagnol (art. 1259, al. 2).

(2) LAURENT, t. 15, n. 549. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, n. 141.

CHAPITRE III

DE LA RATIFICATION DE LA PROMESSE PAR LE TIERS

SECTION I. — *Formes et conditions de validité de la ratification.*

Le Code garde le silence sur la ratification de la promesse par le tiers, c'est-à-dire sur sa déclaration de vouloir tenir l'engagement pris pour lui. Elle n'est donc soumise à aucune forme spéciale ; c'est une simple déclaration de volonté, une manifestation de consentement qui reste dans les termes du droit commun. Cette approbation est tout à fait distincte de la ratification de l'article 1338.

Cette dernière, qui reçoit plutôt le nom de confirmation, suppose un acte annulable et une renonciation faite, suivant certaines formes, au droit de se prévaloir de la nullité. L'analogie, au contraire, est évidente entre notre cas et celui de la ratification prévue par l'article 1998. En effet, l'art. 1998 trouve son application, lorsque le mandataire a dépassé

ses pouvoirs ou lorsqu'il a agi sans mandat régulier ; ce texte doit nous guider en cette matière, puisque l'hypothèse qu'il prévoit est identique à la nôtre.

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine pour décider qu'aucune des trois mentions prescrites par l'article 1338 n'est exigée pour la ratification des actes consentis par un porte-fort au nom d'un tiers (1) ; mais, pour que celle-ci puisse avoir lieu, il faut naturellement que le consentement du stipulant subsiste ; elle doit aussi résulter d'un acte qui annonce une volonté évidente d'approuver l'engagement.

Elle peut n'être que tacite (2), s'induire des circonstances et quelquefois même du silence de l'intéressé. Ainsi, le fait par un communiste d'avoir exécuté volontairement la vente des biens indivis, faite par son copropriétaire porte-fort, emporte ratification de la vente elle-même et de toutes les conditions auxquelles elle est faite (3) ; mais, dans une pareille hypothèse, la ratification ne pourrait s'induire de ce que l'acheteur a pris possession des biens vendus, en présence de tous les copropriétaires pour lesquels on s'est porté fort (4).

(1) Cass. 3 mai 1852, S. 52. 1. 447. D. 52. 1. 143. — Bordeaux, 8 août 1870, D. 71. 2. 174.

(2) DEMOLOMBE, t. 24, n. 229. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, n. 139. — AUBRY et RAU, § 343 *ter*, p. 308.

(3) Grenoble, 7 mai 1831. D. 32. 2. 207.

(4) Cass. 28 nov. 1866, D. 66. 1. 469. S. 67. 1. 18.

Il est impossible d'énumérer tous les actes qui impliquent l'intention de ratifier, mais une éventualité intéressante mérite d'être envisagée.

Il s'agit du cas où le tiers dont le fait a été promis devient l'héritier du porte-fort. Doit-on regarder cette circonstance comme équivalant à une ratification tacite, de la part du tiers, et, par suite, comme le rendant débiteur ? Il faut repousser cette opinion. Les obligations du défunt passent sans doute à ses héritiers, mais elles ne changent pas de nature en entrant dans le patrimoine de ceux-ci. Le tiers n'est plus tenu de rapporter le consentement d'une tierce personne, mais il doit donner le sien propre. L'obligation conserve donc son caractère et reste une obligation de faire, avec cette différence que la ratification dépend de la volonté de l'héritier. Mais il faut que cette intention de s'obliger se manifeste d'une manière certaine ; le seul fait de succéder au porte-fort ne l'implique point.

Remarquons que l'obligation du porte-fort ne peut pas s'aggraver en passant à son héritier, puisqu'elle ne change pas de nature ; or, le porte-fort s'était engagé seulement à payer une indemnité, à défaut de ratification ; le tiers successeur n'est donc tenu que de cette même obligation. Si, au contraire, il était considéré comme ayant implicitement ratifié, il deviendrait immédiatement le débiteur du stipulant et personnellement tenu de l'exécution ; sa respon-

sabilité ne resterait plus celle du porte-fort (1).

La jurisprudence se prononce en ce sens. Un arrêt de la Cour de Douai, du 5 juillet 1877, décide que le père, usufruitier légal, en donnant à bail les biens de ses enfants pour une durée de dix-huit ans, peut valablement se porter fort de leur ratification, mais que les enfants, héritiers de leur père, peuvent ne pas continuer le bail jusqu'à l'expiration de cette période ; ils ne sont alors exposés qu'à un recours en dommages-intérêts représentant le préjudice causé par l'inexécution de la promesse faite par le père (2). La Cour de Cassation a confirmé cette solution par un arrêt, en date du 22 juillet 1879 (3).

Il faut que le ratifiant soit en état de donner un consentement valable, et réunisse les conditions de capacité nécessaires pour contracter ; spécialement, la ratification d'un interdit ou d'un dément ne peut intervenir que lorsque celui-ci aura recouvré sa capacité.

Dès qu'elle a lieu, la ratification produit tous ses effets ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit acceptée de nouveau par le créancier stipulant. On considère avec raison que ce dernier l'a acceptée d'avance en

(1) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. 4, § 343 *ter*, texte et note 15 *ter*.

(2) S. 78. 2. 45.

(3) S. 80. 1. 20.

donnant son consentement à la convention originale, et en ne le rétractant pas avant l'intervention de la ratification (1).

Remarquons, en passant, que la ratification par le tiers de la promesse faite en son nom serait pleinement efficace, alors même que le promettant ne se serait pas porté fort. Cette dernière circonstance ne présente d'intérêt que lorsque le tiers ne ratifie pas ; s'il tient l'engagement, la clause de portefort est dénuée d'utilité, et il importe peu qu'elle ait été ou non insérée dans la convention (2). Aussi le législateur espagnol limite-t-il la portée de la règle qu'on ne peut pas promettre en son propre nom le fait d'autrui, sans viser la clause de portefort (C. C. espagnol, art. 1259, al. 2).

SECTION II. — *Des effets de la ratification et de sa rétroactivité.*

Le rapport de la ratification du tiers par le portefort n'est autre chose qu'un paiement, au sens juridique du mot, c'est-à-dire qu'il est l'exécution effective de l'obligation, la prestation du fait dû. Le promettant est donc complètement libéré, lorsqu'elle

(1) Cass. 27 août 1833. S. 33. 1. 673. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, n. 139.

(2) Cass. 9 nov. 1853, D. 54. 5. 514.

est intervenue ; il n'en serait autrement que dans les cas exceptionnels où il aurait augmenté l'étendue de son engagement personnel, en garantissant l'exécution effective de la convention.

D'autre part, la ratification met obstacle à toute rétractation ultérieure, de la part du stipulant, et fait naître un contrat entre ce dernier et le tiers. Ces deux parties sont dans la même situation que si elles avaient directement contracté et toute trace du rôle de l'intermédiaire disparaît.

Mais la ratification rétroagira-t-elle au jour de la promesse de porte-fort, ou n'aura-t-elle d'effet que dans l'avenir ? Les effets du contrat se produiront-ils à partir de l'époque où est intervenue la clause, ou seulement à dater de l'instant où le tiers a exprimé la volonté de s'obliger ?

La doctrine et la jurisprudence admettent d'une façon unanime que la ratification a un effet rétroactif entre les parties contractantes, mais qu'elle ne produit effet, en général, à l'égard des tiers que du jour où elle intervient. Adoptons cette distinction.

a) *Effet rétroactif à l'égard des parties contractantes.*

Et d'abord, comment expliquer cette rétroactivité ?

Il nous semble évident que, dans l'hypothèse de la promesse pure et simple de porte-fort, cette rétro-

activité est un non-sens ; elle ne peut se comprendre que lorsque le promettant se comporte comme un *negotiorum gestor*. Notons bien, et l'on ne saurait trop insister sur ce point, que la clause de porte-fort, à l'état isolé, se rencontre peu fréquemment ; presque toujours le promettant s'immisce dans les affaires du tiers, comme gérant ou comme mandataire excédant ses pouvoirs. Il y a alors engagement *au nom d'autrui*, c'est-à-dire représentation, et engagement *en son propre nom*. Ces deux stipulations, si distinctes théoriquement, cessent de jouir d'une individualité aussi nette dans les espèces jugées par les tribunaux, et les décisions de la jurisprudence parlent souvent d'actes *consentis*, *passés* par le porte-fort, sans remarquer toujours très distinctement qu'il s'agit alors plutôt d'une gestion, dont la clause de porte-fort est un épisode.

La doctrine, d'ailleurs, ne fait pas cette analyse beaucoup plus clairement (1) ; mais MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes ont vu la difficulté, en s'exprimant ainsi, à propos de la constitution d'hypothèque consentie par le porte-fort. « Ici le constituant a traité au nom du propriétaire ; il s'est porté fort pour lui. *C'est presque un negotiorum gestor* » (2).

(1) V. notamment LAROMBIERE, sur l'art. 1120, n. 7. — DEMO-
LOMBE, t. 24, n. 230. — LAURENT, t. 15, n. 550. — AUBRY et RAU,
5^e édit., t. 4, § 343 *ter*, texte et note 14.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *Nant, Priv. et Hypoth.*,
n. 1310.

Cette dernière phrase nous semble assez bizarre ; il est difficile d'admettre qu'un individu, porte-fort ou autre, soit *presque* un gérant d'affaires.

Cette rétroactivité se justifie aisément, soit qu'on voie ici qu'un cas ordinaire de gestion d'affaires, soit qu'on rapproche seulement le porte-fort d'un gérant d'affaires, afin de conserver à notre institution une existence propre. On connaît la fiction traditionnelle exprimée par l'adage : *Rati habitio mandato aequiparatur*. La ratification équivaut au mandat ; d'autre part, lorsqu'il y a un mandat préalable, les effets juridiques de l'acte passé par le mandataire se réalisent en la personne du mandant qui est réputé avoir lui-même contracté directement avec le tiers. Il en résulte que le tiers qui ratifie est censé s'être engagé le jour du contrat. Tout ceci est de droit commun et consacré implicitement par l'art. 1998, al. 2, qui s'applique aussi au cas de gestion d'affaires ; la ratification une fois donnée à cet acte, les effets qui en découleront seront les mêmes, et l'un d'eux est la rétroactivité ; or, la situation est analogue, dit-on, lorsqu'il y a promesse de porte-fort. Entre les parties contractantes, ces effets remonteront au jour de la promesse pour autrui (1).

(1) Cass. 22 janvier 1896, D. 97. I. 476. — Besançon, 6 juillet, 1898, D. 98. 5. 641.

b) *Effet non-rétroactif à l'égard des tiers.*

La convention ne produira, au contraire, d'effet vis-à-vis des tiers qu'à partir de la ratification, puisque c'est seulement à cette date qu'ils en ont eu connaissance. Encore faut-il, pour qu'elle puisse leur être opposée, que la ratification soit constatée par un acte ayant date certaine, et que, de plus, cet acte ait été transcrit, s'il s'agit d'une convention soumise à la formalité de la transcription (1).

APPENDICE. — *De l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui par un porte-fort.*

Deux doctrines différentes sont en présence au sujet de la validité d'une hypothèque constituée par un porte-fort.

L'une, professée par MM. Aubry et Rau et Laurent, peut se résumer ainsi : La ratification du propriétaire **ne** valide pas rétroactivement une telle constitution, et ne vaut que comme constitution nouvelle. La maxime *Ratihabitio mandato aequiparatur* est vraie pour les actes que le consentement des parties suffit à rendre valables, mais ne s'applique pas à ceux pour l'efficacité desquels des formes spé-

(1) Cass. 4 août 1847, S. 47, 1. 469. — Cass. 4 mars 1891, D. 91, 1, 313.

ciales sont requises ; ce qui est le cas de la constitution d'hypothèque. D'une part, cette ratification ne pourrait être valable que si elle était consignée dans un acte notarié ; d'autre part, et en admettant cette condition remplie, elle ne serait efficace que grâce à l'énonciation dans une inscription nouvelle de l'acte qui la contient ; elle ne peut donc être, jusque là, opposée aux tiers, faute de publicité légale, et ceux-ci auraient le droit de demander la nullité de l'inscription sur le fondement de la nullité du seul titre qui y soit mentionné. Une telle constitution oblige seulement le porte-fort à faire constituer l'hypothèque promise (1).

L'opinion contraire, défendue par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, s'appuie sur les raisons suivantes :

La constitution est rétroactivement validée et son efficacité est assurée par l'inscription prise en vertu de l'acte primitif, sans qu'il y ait nécessité d'en requérir une nouvelle. En effet, l'article 1120 permet de se porter fort en promettant le fait d'autrui. On peut donc *en cette qualité* constituer une hypothèque sur l'immeuble d'un tiers. L'art. 1120 est général et s'applique à tous les contrats. La naissance du droit n'est subordonnée qu'à la ratification. Puis ces auteurs ajoutent que, dans l'hypothèse actuelle, le consti-

(1) LAURENT, t. 30, n. 473. — AUBRY et RAU, 4^e édit., t. 3, § 266, texte et note 6.

tuant n'a pas agi en son nom, mais au nom de la personne qui avait qualité pour consentir l'hypothèque ; — d'après eux, ce serait la clause de porte-fort qui permettrait l'efficacité de la ratification (1).

Nous ne saurions admettre la fin de cette argumentation, ni souscrire à l'opinion que, s'il est permis de constituer une hypothèque sur l'immeuble d'autrui, c'est en qualité de porte-fort et en vertu de l'art. 1120. La clause de porte-fort ne contient qu'un engagement personnel et n'implique aucune idée de représentation ; il est inexact de dire qu'elle est ici voisine de la *negotiorum gestio*. Mais elle peut s'adjoindre à une gestion d'affaires, et son but est précisément le rapport de la ratification du maître pour des actes passés au nom de celui-ci.

Ceci dit, et, que le constituant soit un gérant ou un simple porte-fort, nous reconnaissons que la ratification de cette constitution peut intervenir utilement ; le nier serait méconnaître le caractère de cette déclaration. La confirmation de l'article 1338 est impossible pour un contrat inexistant, faute d'accomplissement des formalités exigées, lorsqu'il s'agit d'un contrat solennel ; mais on nomme aussi ratification l'acte par lequel une personne accepte pour elle un contrat auquel elle n'a pas figuré, et qui était inexistant, à son égard, jusqu'au moment de

(1) BAUDRY et de LOYNES, *op. cit.*, n. 1310. Cf aussi PONT, *Tr. des Pr. et Hyp.*, art. 2124, n. 626.

cette déclaration; tel est le sens du mot *ratification* dans l'article 1120.

La jurisprudence a adopté la seconde doctrine et se prononce toujours dans le sens de la validité rétroactive de la constitution par la ratification (1).

L'arrêt le plus important qui ait été rendu sur la matière est un arrêt de la Cour de Cassation, du 13 décembre 1875 (2). Il consacre les règles suivantes : 1° Le porte-fort peut consentir une hypothèque sur l'immeuble d'un tiers, par application de l'art. 1120 ; 2° La ratification du propriétaire rétroagit et efface la cause de nullité qui se rencontrait dans l'acte antérieur constitutif. L'inscription est opposable du jour de sa date, sans qu'une nouvelle soit nécessaire, aux tiers qui n'ont pas d'inscription valable avant la ratification ; 3° La ratification rétroagit au préjudice des tiers qui ont acquis et régulièrement conservé leurs droits, postérieurement à elle ; 4° elle ne rétroagit pas à l'égard des tiers qui ont acquis et conservé leurs droits dans l'intervalle qui sépare l'acte de la ratification ; 5° il n'est pas nécessaire de faire inscrire la ratification ou de la faire mentionner en marge de l'inscription préexistante. Cette dernière solution est sujette à critique. L'inscription prise en vertu du titre originaire ré-

(1) Orléans, 13 nov. 1852, J. P. 53. 1. 353. — Cass. 3 août 1859. S. 59. 1. 801. D. 59. 1. 419.

(2) S. 76. 1. 273. D. 76. 1. 97. et note Garsonnet.

vèlera aux tiers que l'hypothèque a été constituée par un porte-fort et non par le propriétaire ; les tiers sauront donc que la validité de l'hypothèque dépend d'une ratification. Mais ne faudrait-il pas que celle-ci fut portée à leur connaissance par une inscription nouvelle ou par une mention ?

SECTION III. — *De l'effet d'une ratification annulée, au point de vue de la libération du porte-fort.*

Le porte-fort est-il libéré par la ratification, alors même que celle-ci serait annulée dans la suite ?

La thèse affirmative a été soutenue par Delvincourt (1). Cet auteur veut tirer un argument de l'adage *Ratihabitio...*, et dit, en invoquant les principes du mandat, que le porte-fort censé mandataire par la ratification n'est pas plus responsable de la nullité de celle-ci que le mandataire ne l'est lui-même de la nullité de son mandat vis-à-vis de la personne avec laquelle il a contracté, lorsqu'il n'a rien promis personnellement.

Ce raisonnement n'est pas très sûr. D'abord, l'assimilation du porte-fort au mandataire est illégitime. Lorsqu'un *negotiorum gestor* se porte en même temps fort de la ratification, il contracte un engagement personnel, à la différence du représentant ;

(1) Cours de C. C. Notes et explications, p. 471.

son cas n'est donc pas analogue. De plus, la maxime invoquée signifie seulement qu'une ratification valable produit les effets d'un mandat, et non pas que la ratification donnée par un incapable doive produire de l'effet et décharger celui qui l'a promise. Nous nous demandons précisément si une telle ratification aura pour résultat de libérer le porte-fort. Cette maxime est donc étrangère au débat.

Il est difficile d'admettre qu'une ratification nulle à l'égard des tiers puisse être valable au regard du promettant. Ou elle est valablement faite, et tous ses effets normaux se produiront, ou bien elle ne l'est pas, et alors elle ne décharge pas le promettant.

Il faut remarquer que, si la ratification est ensuite déclarée nulle et non avenue, le porte-fort ne peut être considéré comme ayant rempli son engagement, et il devra rester tenu de l'indemnité envers l'autre partie. La promesse de procurer cette ratification doit s'entendre d'une promesse sérieuse et elle n'a ce caractère qu'autant qu'elle vise un engagement valable ; cette interprétation est conforme à l'intention présumée des contractants. Si donc la ratification est plus tard annulée, l'obligation du porte-fort, éteinte seulement en apparence, doit revivre. Cela est vrai surtout quand le porte-fort a promis le fait d'un incapable, d'un mineur par ex. Puisqu'il a présenté dans le contrat le tiers pour lequel il s'engage comme incapable, il y a lieu de présu-

mer que l'un a promis et l'autre voulu une ratification donnée avec toutes les formalités nécessaires pour habiliter le mineur, ou même le plus souvent par le mineur lui-même, lorsqu'il remplirait toutes les conditions d'une entière capacité.

Le but visé par les contractants ne serait pas atteint si le tiers pouvait, au moyen d'une ratification annulable, faire tomber l'obligation du porte-fort sans s'engager lui-même. Les parties n'ont pas eu l'intention de se contenter d'une semblable ratification qui décharge le promettant, mais ne lie pas le tiers.

Telle est la solution la plus équitable, mais il peut en être autrement, si les termes de la convention ou des circonstances particulières démontrent que le stipulant a voulu libérer le porte-fort dès l'arrivée de la ratification, quelle que puisse être la validité de celle-ci. Par ex., si le porte-fort a promis de procurer, dans le délai d'un mois, la ratification d'un mineur encore séparé par un intervalle de deux ans de l'époque de sa majorité, et si le stipulant a accepté l'engagement, il est évident que les parties ont voulu se contenter de la ratification telle quelle, donnée par l'incapable, par suite, d'une ratification annulable. Une telle convention peut sembler bizarre ; cependant il est possible que le stipulant attache un grand prix à cet engagement fragile et ait confiance en la loyauté du mineur.

De même, il n'y aura pas de recours à exercer contre le promettant, si, lors de la ratification, ce dernier a obtenu une décharge pure et simple, soit sur sa demande formelle, soit sur celle du tiers qui l'a imposée comme condition de son engagement. Nous serions, dans cette seconde hypothèse, en présence d'une stipulation pour autrui ; et la responsabilité du porte-fort serait complètement dégagee, quels que soient les événements ultérieurs, relativement à la validité de la ratification.

La thèse de Delvincourt n'a pas eu d'écho dans la doctrine qui admet généralement les idées que nous venons d'exposer (1). La Cour de Cassation a déclaré que si l'obligation du mineur reste annulable, par suite de sa minorité, l'engagement du porte-fort n'en subsiste pas moins dans toute sa force, et que l'action en nullité, étant essentiellement propre à l'incapable, ne peut être invoquée ni par le tiers cocontractant, ni par le porte-fort (2).

(1) *Sic* DEMOLOMBE, t. 24, n. 223. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, n. 142. — AUBRY et RAU, 5^e édit., t. 4 § 343 *ter*, note 8.

(2) Cass. 16 févr. 1814. S. 14. 1, 117.

CHAPITRE IV

DU DÉFAUT DE RATIFICATION ET DES DOMMAGES-INTÉRÊTS QUI EN RESULTENT

SECTION I. — *Du défaut de ratification.*

Nous examinerons d'abord les cas dans lesquels il y a défaut de ratification.

Le tiers peut naturellement demeurer absolument étranger au contrat, s'il le veut ; en laissant de côté l'hypothèse d'une gestion d'affaires utile, il lui est loisible de s'abstenir de ratifier.

Lorsqu'il répond par un refus formel, la situation est nette ; la responsabilité du porte-fort est nécessairement engagée, sans qu'aucune exception puisse être opposée par ce dernier.

Si le tiers meurt, après avoir eu connaissance de la convention, mais avant de s'être engagé, le porte-forte ne peut être libéré ; le silence du tiers, pendant la période où il pouvait contracter valablement, doit être regardé comme un refus de ratifier.

Il peut arriver aussi que le tiers meure peu de temps après la promesse du porte-fort et avant que celui-ci ait pu l'inviter à tenir l'engagement. Ce cas est-il assimilable à un refus de ratifier ?

A s'en tenir rigoureusement aux termes de la clause, il semble que le porte-fort ne puisse être déchargé. En effet, lorsqu'il a fait sa promesse, le tiers pouvait s'obliger ; le porte-fort a dû, lors de son engagement personnel, réfléchir aux difficultés que présenterait l'obtention de ce consentement promis ; parmi ces entraves il faut ranger en première ligne le cas de la mort et celui de l'incapacité du tiers. Le porte-fort doit donc être regardé comme ayant pris les risques à sa charge.

Pourtant, le promettant peut invoquer alors les articles 1147 et 1148, qui libèrent le débiteur toutes les fois que l'inexécution « provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ». Parmi les événements de cette nature, qui constituent « la force majeure », il faut placer la mort du tiers ; et il n'en serait autrement que si le porte-fort s'était chargé des cas fortuits par une convention spéciale.

Le promettant serait également libéré, si la mort du tiers était déjà survenue avant la convention, mais sa libération tiendrait alors à ce qu'il s'est engagé à faire une chose irréalisable ; son obligation serait immédiatement nulle.

Nous allons envisager maintenant l'hypothèse où

le tiers a sa pleine capacité, mais où le porte-fort néglige de rapporter le consentement promis. En d'autres termes, dans quel délai le porte-fort est-il tenu d'exécuter son engagement, et, s'il s'y refuse, le stipulant peut-il l'y contraindre?

C'est avant tout une question de fait et d'interprétation de la volonté des parties ; nous serons, du reste, guidés sur ce terrain par les principes généraux du Code civil.

Il arrive souvent que les contractants fixent eux-mêmes le délai dans lequel la ratification devra être rapportée ; ainsi le porte-fort s'est obligé à la procurer dans le mois qui suivra la majorité du mineur ou le retour de l'absent. Après l'expiration du délai, il sera tenu de payer l'indemnité, parce que les parties ont implicitement décidé que cette expiration équivaldrait à un défaut de ratification ; on doit penser que la stipulant a voulu pouvoir se dégager, à la fin du délai, et n'offrir le contrat que durant une période limitée.

Si le tiers ratifie après que le délai est expiré, le stipulant pourra encore accepter cet engagement, mais le contrat qui lie les parties doit être considéré comme passé directement entre elles, sans l'intermédiaire du porte-fort ; et ce dernier, n'ayant pas accompli ce qu'il avait promis, ne se libérera plus que par une indemnité.

Ordinairement, le stipulant désire être informé

rapidement de la décision du tiers et de la conclusion du contrat. Il peut avoir un grand intérêt à savoir qu'il ne reste rien de la clause dans laquelle il a joué un rôle et qu'il a entièrement recouvré sa liberté, s'il veut, par exemple, offrir à une autre personne la convention qui ne s'est pas formée ; il y a donc des cas où le stipulant a des raisons de vouloir que le contrat esquissé avec l'aide du porte-fort naisse ou tombe dans un délai déterminé.

Mais la question se présente généralement sous un jour différent. Les parties n'ont fixé aucun délai pour la ratification. Le promettant s'est engagé simplement à rapporter le consentement de tiers, sans préciser l'époque à laquelle il pourra être regardé comme ayant manqué à sa promesse. Faut-il reconnaître au porte-fort le droit d'opposer au stipulant une exception dilatoire et de se dérober à l'accomplissement du fait promis, en prétextant que jusqu'ici sa négligence n'a rien de répréhensible, puisqu'aucun délai n'a été stipulé ?

L'article 177 du Code civil allemand pose une règle pratique à ce sujet et décide que la ratification par le tiers dont on a promis le fait ne peut être donnée que jusqu'à l'expiration d'un délai de deux semaines, à partir de la réception de l'invitation qui lui est faite de prendre un parti. Si le tiers garde le silence, la ratification sera réputée refusée.

La question a été traitée par Delvincourt qui dit : « La loi ne prescrit et ne pouvait prescrire aucun délai pour ratifier, mais, si la convention est muette et si la situation se proionge, celui qui s'est porté fort pourrait être assigné pour se voir dire qu'il sera tenu de rapporter la ratification dans tel délai, sinon que la convention sera annulée avec dommages-intérêts » (1).

Cette proposition est erronée, car le juge n'a pas à intervenir ici ; il a le pouvoir, il est vrai, d'accorder au débiteur un délai de grâce, mais ce terme de grâce implique une dette échue, pour le paiement de laquelle le débiteur est poursuivi ; or, il s'agit justement de déterminer quand la dette est exigible.

Nous nous en référerons aux principes généraux pour résoudre la question. Le porte-fort, en procurant la ratification, s'acquitte effectivement de son obligation, donc il fait un paiement. Or, nous savons que le paiement doit avoir lieu immédiatement, sauf l'effet dilatoire d'un terme suspensif. La ratification sera soumise à cette règle et devra être rapportée de suite. Si le promettant tarde à la fournir, le stipulant pourra, après une mise en demeure préalable, lui réclamer des dommages-intérêts.

Tant que le tiers n'est pas en état de donner

(1) Notes et explications t. 2, p. 471.

un consentement valable, le stipulant doit attendre ; le porte-fort ne peut être mis en demeure, parce qu'il n'y a pas de sa part inexécution du contrat, et il est à l'abri de toute action en dommages-intérêts.

Une application de ce principe a été faite par un arrêt de la Cour de Limoges, en date du 22 juillet 1896 (1), qui déclare que lorsqu'un porte-fort a promis la ratification d'un tiers interné dans un établissement d'aliénés et dont le contractant connaissait la situation, cette promesse ne peut s'entendre que d'une ratification donnée par l'aliéné redevenu *integri status* ; elle est par conséquent ajournée à l'époque où l'interné aura recouvré la santé et la capacité de contracter. Dès lors, aucune indemnité ne peut être demandée par le stipulant au promettant, tant que l'aliéné demeure dans la même situation qu'au moment du contrat.

Le défaut de ratification a pour effet de rendre définitivement inefficace la promesse du fait d'autrui et, par suite, d'exposer le porte-fort à une demande en dommages-intérêts, de la part du stipulant.

Le tiers n'a pas voulu se rendre débiteur ; il n'a donc la charge d'aucune obligation passive. Toutefois, si l'opération présentait les caractères d'une véritable gestion d'affaires, il pourrait se trouver tenu, au cas où l'intervention du *negotiorum gestor*

(1) S. 99, 2. 262. — D. 99, 2. 93.

lui aurait été utile et sans qu'une ratification fût nécessaire. Dans l'hypothèse d'une simple promesse pour autrui il est indispensable que le tiers tienne l'engagement, pour être lié. Un arrêt de la Cour de Douai, du 9 avril 1900 (1) consacre ce principe évident et dissipe toute équivoque. Il décide que le stipulant ne peut agir contre le tiers, en vertu des principes de la gestion d'affaires, à moins que la convention ne renferme les éléments constitutifs d'une opération de cette nature ; puis il ajoute que le stipulant ne peut pas davantage exercer contre lui l'action *de in rem verso*, alors même que ce tiers aurait recueilli un avantage prenant sa source dans la promesse de porte-fort, parce que cette action suppose établi entre les deux parties un lien de droit qui ne saurait exister en dehors d'une relation directe.

En résumé, le contrat projeté n'est pas conclu, puisqu'il n'y a pas l'accord de volontés qui constitue le consentement.

SECTION II. — *Des dommages-intérêts.*

Le stipulant et le porte-fort restent seuls en présence. Ce dernier, ayant failli à sa promesse, doit indemniser le stipulant ; son obligation est soumise aux règles ordinaires (art. 1142).

Cependant il convient d'examiner certaines ques-

(1) D. 1901. 2. 1.

tions, parfois controversées, touchant l'exigibilité des dommages-intérêts, en matière de clause de porte-fort.

Le promettant ne serait pas libéré, s'il avait fait tous ses efforts pour rapporter la ratification, sans y parvenir ; en effet il s'est engagé à faire ratifier et non pas simplement à faire son possible pour arriver à ce résultat ; il est donc tenu d'y réussir. Le stipulant qui lui demande de ce chef une indemnité n'a pas à établir que le défaut de ratification provient de la négligence ou de la faute du débiteur ; et, d'autre part, le porte-fort ne peut s'exonérer en justifiant avoir fait toutes les démarches nécessaires pour amener le tiers à contracter ; il n'évitera la condamnation qu'en établissant que la ratification a été empêchée par un cas de force majeure (1).

De plus, le porte-fort ne peut se soustraire au paiement de l'indemnité qu'en prouvant que le stipulant n'a éprouvé aucun préjudice appréciable, ou que celui qu'il a souffert est imputable à sa mauvaise foi (2).

Enfin, il convient de rappeler la différence qui existe entre l'article 1120 et l'article 1599, au point de vue de l'exigibilité des dommages-intérêts. L'ar-

(1) DEMOLOMBE, t. 24, n. 220. — BAUDRY et BARDE, n. 132. — AUBRY et RAU, § 343 *ter*, texte et note 14 *ter*.

(2) Cass. 1^{er} mai 1815. S. 15. 1. 279.

ticle 1599, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui, ajoute qu'elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. Mais le porte-fort qui se trouverait libéré en vertu de l'article 1599, reste tenu, en vertu de l'article 1120. Aussi la Cour de Limoges a-t-elle jugé qu'un vendeur de la chose d'autrui qui s'est porté fort pour le propriétaire mineur, ne peut, au cas où celui-ci devenu majeur demanderait la nullité de la vente, échapper à une indemnité envers l'acquéreur sous le prétexte que ce dernier n'ignorait pas que la chose appartenait à autrui (1).

Le montant des dommages-intérêts dûs par le porte-fort représentera à la fois, suivant le droit commun, la perte faite et le gain manqué. Un arrêt de la Cour de Grenoble estime que le porte-fort ne doit réparer le préjudice causé que jusqu'à concurrence de la perte éprouvée, mais non de la privation de gain (2).

Cette décision est demeurée unique et la jurisprudence applique ici les principes traditionnels admis en matière de dommages-intérêts, à moins que les parties ne se soient mises d'accord sur la limitation de l'indemnité (3).

(1) Limoges, 1^{er} juillet 1822. S. 22, 2. 360.

(2) Grenoble, 21 déc. 1864, *Journ. arr. Gren. et Chambéry*, 1865, p. 46.

(3) Toulouse, 14 janv. 1845, S. 52, 2. 397.

CHAPITRE V

DE LA SUBSTITUTION DU PORTE-FORT AU TIERS

La question peut se présenter sous deux aspects différents ; nous examinerons d'abord si le porte-fort peut être contraint par le stipulant à se substituer au tiers, à défaut de ratification ; puis nous verrons si le porte-fort peut, à son gré, et contre la volonté du stipulant, prendre la place du tiers dont il a promis le fait.

SECTION I. — *Le porte-fort peut-il être contraint à exécuter lui-même le fait promis pour le compte du tiers, à défaut de ratification ?*

Il n'y a lieu d'étudier que l'hypothèse dans laquelle l'obligation est susceptible d'être exécutée indifféremment par le porte-fort ou le tiers. La difficulté n'existe pas au cas où le fait promis ne peut être accompli que par une personne désignée que

les parties avaient en vue. Lorsque la considération de la personne du tiers est entrée en ligne de compte, la substitution n'est pas possible et le porte-fort ne peut être tenu d'exécuter.

Quelques auteurs ont soutenu que le porte-fort doit être contraint à l'exécution personnelle si la prestation promise est de nature à être fournie par un individu autre que le tiers. Ils pensent justifier leur opinion grâce aux raisons suivantes : Le porte-fort n'a évidemment pas promis qu'il prendrait l'engagement pour lui, à défaut d'acceptation du tiers, mais il est tenu d'indemniser le stipulant du préjudice causé par le refus du tiers, et cette indemnité doit avoir pour résultat de mettre celui-ci dans la même situation que si l'engagement avait été pris, et la ratification donnée ; or, la meilleure manière d'arriver à ce résultat, c'est de forcer le porte-fort à exécuter lui-même l'obligation, quand cela sera possible. Il n'y a pas de réparation plus adéquate au préjudice subi, que celle qui consiste dans l'exécution du fait que le tiers aurait accompli. On peut donc dire que le porte-fort contracte l'engagement alternatif d'indemniser le stipulant, si le tiers refuse de ratifier, ou d'exécuter lui-même, si la chose est en son pouvoir (1). Championnière et Rigaud invoquent à l'appui de cette théorie l'autorité

(1) *Sic* DEMOLOMBE, t. 24, n. 224. — Note DEVILLENEUVE sous S. 52. 2. 385.

de Vinnius qui a écrit dans son commentaire des Institutes (3, 19, 3) : « Qui promisit se effecturum ut decem dantur, ipse dare cogitur » ; aussi disent-ils que l'obligation du porte-fort a pour objet non seulement le rapport de la ratification, mais encore la chose promise elle-même (1). Il y a une autorité plus grande que celle de Vinnius ; c'est celle du Code civil qui dit que le porte-fort doit une indemnité, au cas de refus du tiers.

Cette doctrine nous paraît inacceptable, car elle méconnaît la nature juridique de l'engagement du porte-fort qui ne s'est obligé qu'à réparer le préjudice causé par la non-ratification. Lui demander l'exécution de la convention, ce serait le contraindre à accomplir un fait entièrement distinct de celui qu'il a promis. Promettre de faire ratifier est une obligation de faire qui n'a rien de commun avec la convention qu'il s'agit de faire naître. En d'autres termes, le contrat que le porte-fort offre à l'autre partie est pour lui une chose étrangère, et il n'y est intéressé que par la promesse qu'il fait d'en procurer la ratification. Supposer que le porte-fort, en promettant le fait du tiers, fasse en même temps le contrat pour lui-même, c'est transformer complètement cette promesse et la convertir en une stipulation que le porte-fort fait pour son compte.

(1) *Tr. des Dr. d'Enreg.* t. I, n. 207 et s.

Les parties peuvent déroger à ce principe ; mais, en l'absence de convention spéciale, le porte-fort ne doit être regardé ni comme tenu d'une obligation alternative, ni comme obligé en qualité de codébiteur ou de caution (1).

Du reste, alors même que ce système serait juridiquement admissible, il trouverait en fait des applications peu nombreuses. S'il s'agit d'une obligation de faire, il arrive rarement que l'accomplissement de la prestation par le porte-fort indemnise exactement le stipulant, car la personne du débiteur est généralement prise en considération. L'obligation de donner offrirait aussi de grandes difficultés.

La jurisprudence a été souvent favorable à la première doctrine, mais les décisions rendues s'expliquent alors par des motifs particuliers à chaque espèce. Il arrive fréquemment que le porte-fort n'est pas étranger au contrat, mais agit tant en son nom propre que pour le compte du tiers. Nous sommes ici en présence d'une de ces circonstances particulières qui ont pour résultat de permettre la substitution. En effet, on peut alors invoquer l'intention probable des parties et dire que le stipulant avait la volonté de traiter directement avec le porte-fort, puisqu'il l'a accepté comme débiteur principal en

(1) *Sic* LAURENT, t. 15, n. 543. — AUBRY et RAU, § 343 *ter*, note 15 *bis*. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, n. 143.

même temps que le tiers. Le porte-fort a promis à la fois en son nom et pour le compte du tiers ; ne peut-on pas le regarder comme tenu éventuellement au tout ? Deux débiteurs sont en face du stipulant ; la ratification du tiers déchargera en partie le porte-fort, mais c'est une question à régler entre les deux débiteurs. Quoiqu'il advienne, le contrat restera conclu avec le porte-fort. Ainsi, dans le cas d'une vente, un acheteur contracte à la fois pour son compte et pour celui d'un tiers, pour lequel il se porte fort. Le vendeur voit dans l'opération surtout un engagement ferme de la part du porte-fort, et celui-ci devra décider le tiers à prendre aussi pour lui le contrat, afin de n'être pas le seul à en supporter le poids. On comprend que, dans une hypothèse de cette nature, les tribunaux aient parfois jugé que le porte-fort est débiteur pour le tout, si le tiers refuse de partager son obligation en ratifiant.

Quelques décisions sont à relever dans ce sens :

Le fils qui, en achetant un immeuble, a déclaré que cette acquisition lui était commune avec sa mère et s'est porté fort de l'acceptation de celle-ci, devient propriétaire exclusif et incommutable, si sa mère meurt avant d'avoir ratifié (1).

Un père qui a acheté pour lui et ses enfants et qui meurt sans avoir fait ratifier est considéré com-

(1) Caen, 22 juill. 1847, *Rec. arr. Caen*, 1847, p. 513.

me ayant acheté le tout pour son compte personnel (1).

Un arrêt de la Cour de Limoges, du 10 août 1850, proclame que celui qui dans un même acte s'est porté fort pour un tiers absent, à la fois à raison d'un cautionnement réclamé de celui-ci par un autre tiers et d'une vente consentie par ce dernier à la caution pour la couvrir des suites du cautionnement, devient, en cas de refus de ratification de ce contrat de la part du tiers, acquéreur pour son propre compte, en même temps qu'il reste personnellement soumis au cautionnement (2).

Le porte-fort se trouvera donc obligé envers le vendeur de prendre la vente pour son compte ; et par contre aussi, il aura le droit d'exiger du vendeur l'exécution de cette vente. Ce principe est justifiable dans notre espèce, parce que l'acquisition présente un caractère particulier et n'est que la compensation d'un cautionnement auquel le porte-fort reste soumis.

On voit que dans les cas précédents le porte-fort a promis à la fois pour lui-même et pour autrui, ce qui explique les solutions jurisprudentielles.

Au contraire, un arrêt de la Cour de Grenoble, du 18 août 1854, décide que le porte-fort ne peut être contraint à exécuter personnellement l'engage-

(1) Bordeaux, 21 juill. 1827, S. 27, 2. 174.

(2) S. 52, 2. 385. D. 55, 2. 184.

ment qu'il a contracté pour un tiers, lorsque celui-ci refuse de le tenir, et qu'il ne peut être condamné qu'à des dommages-intérêts (1).

SECTION II. — *Le porte-fort peut-il se substituer lui-même au tiers?*

Le porte-fort peut-il déclarer au stipulant qu'il se charge d'exécuter l'engagement pris pour le compte du tiers et qu'il conserve l'opération pour lui-même?

a) *De la substitution pendant la période où la ratification du tiers est possible.*

Il est certain tout d'abord que le tiers ne peut apporter aucun obstacle à cet arrangement, car il est étranger à la convention, et aucun droit n'a pu en naître à son profit. Donc, au cas où les deux parties seraient d'accord pour décider que la convention produira ses effets entre elles exclusivement, abstraction faite du tiers, leur accord doit être respecté par ce dernier.

Nous écartons aussi l'hypothèse dans laquelle le stipulant consentirait à la substitution ; il y aurait révocation de la promesse et formation d'un nouveau

(1) D. 55. 2. 78.

contrat, où toute trace de la clause de porte-fort disparaîtrait.

Nous supposons au contraire que les deux parties sont en désaccord ; le porte-fort veut conserver le marché pour lui-même, tandis que le stipulant préfère avoir le tiers pour débiteur de la chose ou du fait promis.

La substitution sera impossible, si le stipulant a un intérêt personnel à ce qu'elle ne s'accomplisse point, mais, s'il s'agit d'une prestation qui peut être fournie indifféremment par l'un ou l'autre, la question change d'aspect.

D'après un premier système (1), la substitution est inadmissible, car cette faculté ne résulte pas de la promesse du fait d'autrui avec clause de porte-fort. Elle méconnaîtrait la volonté du stipulant qui n'a pas entendu traiter directement avec le porte-fort, mais avec le tiers dont celui-ci s'est constitué l'entremetteur. Si le stipulant désirait faire l'opération avec le porte-fort, pourquoi aurait-il suivi la voie compliquée d'une clause de porte-fort ? De plus, s'il s'oppose à la substitution, c'est sans doute qu'il y a un intérêt personnel, et nous retombons dans l'hypothèse de *l'intuitus personae*.

La substitution méconnaît aussi la nature de l'engagement du porte-fort qui n'a pas promis une exé-

(1) LAURENT, t. 15, n. 545.

cution personnelle ; s'il avait voulu se réserver un droit particulier d'intervenir au contrat, il n'eût pas manqué de le stipuler. Il ne peut par conséquent pas imposer au stipulant ce mode de libération. Toutes les raisons qui font refuser au stipulant le droit de prendre, de son côté, le porte-fort pour débiteur direct se retrouvent ici avec autant de poids, notamment l'impossibilité de considérer la dette du promettant comme une obligation alternative.

Cette argumentation a de la force et semble même logiquement déduite du caractère de la promesse de porte-fort. Pourtant, la solution contraire a prévalu dans la doctrine, qui admet généralement qu'en faisant le contrat pour le tiers, le porte-fort le passe en même temps pour lui-même, en ce sens qu'il peut se substituer à ce tiers dans les droits et les obligations qui en résultent (1). En effet, disent les défenseurs de ce second système, il n'y a aucune raison légitime d'empêcher la substitution, si le fait rentre dans la catégorie de ceux qui peuvent être accomplis indifféremment par une personne ou une autre, et si le porte-fort a les aptitudes nécessaires à l'exécution.

La dernière solution nous semble admissible, lorsque le porte-fort a un intérêt certain à prendre la

(1) DEMOLOMBE, t. 24, n. 225-226. — LAROMBIERE. Sur l'art. 1120, n. 4. — AUBRY et RAU, t. 4, § 343 *ter*.

place du tiers et que le stipulant ne se trouve pas lésé par ce changement. La doctrine a donc estimé avec raison que celui qui a conclu un contrat en se portant fort pour un tiers peut être considéré souvent comme l'ayant formé pour lui-même, si les clauses de la convention et la nature des obligations réciproques qui en découlent ne combattent pas cette interprétation. Mais, comme le remarquent MM. Aubry et Rau : « Cette proposition fondée sur l'intention probable des parties, par laquelle elle se justifie, serait inadmissible comme expression d'une règle de droit ou d'une présomption légale » (1).

b) *De la substitution en cas de défaut de ratification du tiers.*

Lorsque le défaut de ratification est certain, il va sans dire que le porte-fort peut, si le stipulant y consent, s'acquitter en exécutant lui-même l'obligation, à la place du tiers, pour éviter le paiement des dommages-intérêts.

S'il y a désaccord entre les parties, les raisons qu'on peut invoquer pour défendre ou attaquer le principe de la substitution sont à peu près les mêmes que précédemment. La plupart des auteurs admettent que le porte-fort a la faculté de se sous-

(1) § 343 *ter*, *cit.*, note 10.

traire à une indemnité, en remplaçant le tiers, à condition que ce changement ne préjudicie en aucune manière au stipulant. L'exécution même du fait promis doit tenir lieu de réparation, en supposant que ce fait soit susceptible d'être presté par le promettant aussi bien que par le tiers. En effet, en pareil cas, le stipulant est mis dans la même situation que si le tiers avait conclu le contrat promis, puisque, par hypothèse, le contrat n'était point projeté *intuitu personae*. Toutefois MM. Baudry-Lacantinerie et Barde ne concèdent cette faculté au porte-fort que dans le cas où le stipulant lui demande une indemnité ; ils la lui refusent si le stipulant ne réclame pas de dommages-intérêts, « car ce qui a été convenu entre le stipulant et le porte-fort, c'est que ce dernier devrait une indemnité, si la ratification était refusée, et non point qu'il traitait à son choix pour son compte ou pour celui du tiers » (1).

La jurisprudence a presque toujours fait triompher dans ses décisions la thèse de la possibilité de la substitution.

La Cour de Nancy a admis, le 6 juin 1831, que l'individu qui, dans un acte de vente, s'est porté fort pour l'acquéreur a sur l'immeuble ainsi acquis un droit éventuel qui le rend recevable à intenter toutes

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, n. 144.

les actions relatives à cet immeuble, jusqu'à la ratification (1).

Il a été jugé en ce sens :

1^o Que le mari qui achète un immeuble au nom de sa femme, mais sans mandat de sa part, et en se portant fort pour elle, peut en disposer librement, tant que l'acquisition n'a pas été ratifiée (2).

2^o Que, si le porte-fort a revendu la chose qu'il avait achetée pour un tiers, ce dernier ne pourra la revendiquer (3).

3^o Que le porte-fort est maître de l'affaire avant la ratification et peut la prendre pour son compte, à moins que la considération de la personne du tiers n'ait été pour l'autre partie la raison déterminante du contrat (4).

Deux arrêts récents de la Cour de Cassation ont consacré cette théorie. Le premier, en date du 2 décembre 1885, admet que si la surenchère, formée par des tiers se portant fort pour une commune est nulle à l'égard de la commune, faute d'autorisation régulière, elle est valable à l'égard des tiers surenchérisseurs, alors que ceux-ci l'ont formée avec l'intention formelle d'être déclarés surenchérisseurs (5).

(1) GARNIER. *Jurisp. de Nancy*, V^o *Vente*, n. 13.

(2) Toulouse, 27 juin 1839, S. 40. 1. 110. D. 39. 2. 251.

(3) Rennes, 15 déc. 1848, S. 50. 2. 276.

(4) Cass. 25 mai 1852, S. 52. 1. 516. D. 52. 1. 279.

(5) S. 86. 1. 156.

Le second, du 27 juillet 1903, déclare que « celui qui a conclu un contrat synallagmatique en se portant fort pour un tiers, peut, suivant les circonstances, être considéré comme ayant formé le contrat pour lui-même », et qu'il en est ainsi, à plus forte raison, quand l'engagement a été pris par le porte-fort tant en son propre nom que pour le compte du tiers (1).

En résumé, la solution de la question dépend surtout de l'intention des contractants. La forme donnée à l'engagement du porte-fort, la qualité des parties pourront être de nature à faire admettre que le stipulant consent à cette substitution. La même interprétation doit être adoptée, si le fait promis est susceptible d'être exécuté par le porte-fort et si le stipulant n'a pas pris spécialement en considération la personne du tiers.

(1) S. 1904. 1. 265. D. 1904. 1. 36.

CHAPITRE VI

LA PROMESSE DE PORTE-FORT DANS LES CONTRATS DE MARIAGE

L'emploi de la clause de porte-fort dans les contrats de mariage a soulevé depuis un siècle des difficultés intéressantes à étudier, et, malgré l'abondance des décisions judiciaires, les controverses sur cette matière ne semblent pas avoir pris fin.

Les contrats de mariage, reçus en l'absence des époux ou de leurs représentants munis d'une procuration authentique et spéciale, sont nuls ; mais quelquefois les parents, à raison de cet éloignement des futurs époux, s'y portent fort pour eux. De tels contrats passés par les parents, sans le concours de leurs enfants, sont de plus en plus rares ; ils étaient jadis d'un usage très fréquent dans le Midi de la France, et on les considère comme une survivance de l'ancien contrat de fiançailles. Cette pratique vicieuse, généralement proscrite par la jurisprudence, paraît s'être perdue de nos jours. Pourtant elle offre plus qu'un intérêt rétrospectif, car, si certaines opi-

nions sont très nettement condamnées, le rôle même de la promesse de porte-fort dans les conventions matrimoniales ne paraît pas avoir été définitivement éclairci par les tribunaux.

Quel est le sort de ces contrats ? Peuvent-ils être ratifiés ? S'ils peuvent l'être, à quelle époque et par quel acte ? L'invalidité de ces contrats est certaine, mais on discute encore sur la possibilité de leur ratification.

Nous ne distinguerons pas si les deux époux sont absents, ou si un seul l'est ; — si l'époux absent est majeur ou mineur ; — si le porte-fort est le père, le tuteur ou un tiers. Ces particularités n'offrent pas d'intérêt quant à la solution de la question.

Un premier point est hors de doute, c'est l'inexistence absolue du contrat, lorsqu'il est passé, à cause de l'absence de consentement de la part du conjoint qui n'a été ni présent ni régulièrement représenté. D'où résulte une nullité qui peut être opposée par tout intéressé. Si le mariage est célébré dans ces conditions, les époux seront considérés comme n'ayant pas fait de contrat, puisque la loi exige que le contrat soit arrêté avant la célébration du mariage, et qu'on n'a pas eu, à ce moment, la preuve certaine et authentique du consentement. En vertu de l'article 1393, les époux seront soumis au régime de la communauté légale, quelque soit celui qu'ils avaient adopté. Cette conséquence est grave si l'on

songe que la clause que nous étudions n'est usitée que dans les contrées du Midi, c'est-à-dire dans les pays de régime dotal ; pourtant elle n'est pas douteuse, malgré la perturbation qu'elle peut jeter. De plus, toutes les conventions étrangères au régime adopté, dont les conditions de validité ne se trouvent pas remplies, sont frappées de nullité, les donations de biens à venir, par exemple.

Il est également certain que le fait de la célébration ultérieure du mariage ne peut être regardé comme une ratification. Jadis quelques arrêts ont proclamé que les conventions matrimoniales passées par un porte-fort sont réputées ratifiées par la publication des bans et la célébration faite sans protestation, « attendu que de cette solennité, accomplie du consentement de l'époux, il résulte l'exécution desdites conventions, exécution qui, aux termes de l'article 1338, est de tous les modes de ratification le plus énergique » (1).

Cette théorie est inacceptable aujourd'hui, puisque, par suite d'une évolution jurisprudentielle, la nullité du contrat de mariage, de relative qu'elle était, est devenue absolue ; il ne peut donc y avoir de confirmation. Puis, alors même qu'elle serait possible, cette ratification devrait résulter d'un acte authentique, en vertu du principe de la solennité des

(1) Toulouse, 15 juin 1844, S. 49. 2. 129. V. aussi Montpellier, 3 juillet 1847, D. 47. 2. 144.

conventions matrimoniales. Enfin la célébration ne saurait être considérée comme une confirmation, car elle est un acte indépendant, et non pas l'exécution du contrat.

La jurisprudence a abandonné peu à peu cette idée. Un arrêt de Nîmes, du 29 décembre 1841 (1), porte que la nullité n'est pas couverte de plein droit par le seul fait de la célébration, et qu'elle ne disparaît que lorsqu'à ce fait se joint la preuve que l'époux absent a eu connaissance, avant cette époque, des stipulations faites pour lui, et qu'il a eu l'intention de les ratifier, en consentant au mariage. Devilleneuve, dans une note sous cet arrêt, remarque avec raison qu'il serait dangereux et arbitraire d'admettre que des faits postérieurs, plus ou moins expressifs, tels que la célébration, emportent ratification tacite d'un régime matrimonial qu'un tiers, étranger à la famille, pourrait ainsi imposer aux époux, à leur insu.

Deux nouveaux arrêts, l'un de la Cour de Toulouse (2), l'autre de la Cour de Montpellier (3), décident que la ratification ne résultera jamais du seul fait de la célébration postérieure, alors même qu'il serait stipulé expressément dans le contrat que

(1) S. 49. 2. 129. — Cf. aussi Grenoble, 7 juin 1851, S. 51. 2. 613.

(2) Toulouse, 5 mars 1852, S. 52. 2. 257.

(3) Montpellier, 9 déc. 1853, D. 55. 2. 112.

la célébration sera considérée comme une acceptation, de la part des époux, des conventions qui s'y trouvent.

Vers la même époque, la Cour de Cassation condamnait formellement cette théorie erronée qu'aucune décision, depuis lors, n'a tenté de faire revivre (1).

Quant à la ratification intervenue après la célébration du mariage, fût-elle expresse, elle n'aurait évidemment aucune valeur, car le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à ce que les époux modifient le régime auquel ils se sont trouvés soumis au moment du mariage et qui est, nous le savons, celui de la communauté légale. L'acte de ratification qui validerait le contrat substituerait un nouveau régime à ce régime légal, ce qui est interdit par l'article 1395. Nous n'insistons pas sur ce point qui ne nécessite aucun commentaire et qui a été affirmé plusieurs fois par la jurisprudence (2).

Mais la ratification peut-elle intervenir utilement avant la célébration ? Et, si on adopte l'affirmative, quelle forme devra-t-elle revêtir ? La question est délicate et mérite de nous retenir davantage.

La doctrine admet généralement qu'une ratifica-

(1) Cass. 29 mai 1854, S. 54. 1. 437.

(2) Cf. notamm. Cass. 6 avril 1858, D. 58. 1. 224.

tion antérieure au mariage est possible, mais que ce consentement doit être donné dans la forme authentique, par acte notarié réunissant les conditions prescrites par les articles 1396 et 1397 (1).

Laurent combat cette opinion et soutient que le contrat inexistant, par défaut de consentement, doit être refait dans la forme légale et qu'il ne peut y avoir de ratification, puisque celle-ci serait un nouveau contrat. Il ajoute que le contrat ne saurait être en tout cas ratifié dans la forme déterminée par les art. 1396 et 1397, qui concernent les contre-lettres. En effet, la loi prescrit certaines conditions spéciales pour la validité de ces changements ; si les parties ne les observent pas, les contre-lettres seront nulles, mais le premier contrat demeure valable. Or, rien de tout cela n'est applicable au contrat inexistant. Il ne reste qu'à faire un nouveau contrat suivant les formes ordinaires (2).

Quant à la jurisprudence, elle a décidé à plusieurs reprises qu'une ratification expresse, consentie avant le mariage, couvre la nullité du contrat passé par le porte-fort (3).

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation, en date du 6 novembre 1895, exige une

(1) LAROMBIERE, sur l'art. 1120 n. 10. — DEMOLOMBE, t. 24, n. 219. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, n. 135.

(2) LAURENT, t. 21, n. 50 et 51.

(3) V. Toulouse, 5 mars 1852. — Grenoble, 7 juin 1851 — et Cass. 29 mai 1854 précités.

analyse assez attentive, en raison de son importance (1). La Cour de Cassation avait à se prononcer sur les questions suivantes :

a) Un contrat de mariage auquel l'un des époux n'a pas figuré, mais dans lequel il a été représenté par son père qui a déclaré se porter fort de rapporter sa ratification, peut-il être ratifié par un acte antérieur à la célébration du mariage ?

b) A supposer que ce contrat soit susceptible d'être ratifié, le sera-t-il par un acte où le futur époux qui n'a pas concouru au contrat primitif intervient seul, sans l'autre conjoint ?

c) Quel sera le sort de l'acte de ratification passé par l'époux absent seul, si cet acte exige le concours de toutes les personnes parties au contrat ?

Sur le premier point, la Chambre civile déclare que le contrat passé par le porte-fort, en l'absence de l'un des époux, est entaché d'une nullité radicale, qui enlève à ce prétendu contrat toute existence légale et s'oppose à ce qu'il soit l'objet d'une ratification, même avant la célébration. Nous ne souscrivons pas à cette décision et nous pensons qu'il peut y avoir ratification de ce contrat inexistant, conformément à l'art. 1120. En effet, l'erreur

(1) S. 96. 1. 5. et la note de M. Lyon-Caen, à laquelle nous empruntons quelques-uns des arguments de cette discussion; D. 97. 1. 25 et note de M. Sarrut; *Pand. fr.*; 97. 1. 273.

de la Cour de Cassation résulte, comme le remarque très bien M. Lyon-Caen, d'une confusion entre les deux sens qu'on peut attribuer au mot ratification.

Nous avons déjà signalé la différence qui existe entre la ratification visée par l'art. 1338 et celle qui désigne l'approbation donnée par le maître aux actes du gérant d'affaires. La première, généralement nommée confirmation, suppose un acte annulable dans lequel le consentement, bien qu'ayant existé, se trouve atteint d'un vice, tel que le dol ou la violence, qui fait que l'acte peut être attaqué et invalidé ; elle ne peut alors intervenir que pour un acte nul à raison de l'incapacité légale du contractant ou d'un vice du consentement, mais elle est impossible lorsque le contrat n'a pas d'existence, faute d'accomplissement des formalités exigées, s'il s'agit d'un contrat solennel.

La ratification désigne aussi l'acte par lequel une personne déclare accepter pour elle un contrat auquel elle n'a pas figuré, mais auquel elle a été représentée par un gérant d'affaires qui, dans certains cas, s'est en outre porté fort pour elle. — C'est en ratifiant qu'elle donne son consentement, et tel est le sens du mot ratification dans l'art. 1120. Dans ce cas, le tiers donne son approbation à un acte qui, jusque-là, était inexistant à son égard.

Or, le contrat passé par le porte-fort, en l'absence de l'un des époux, n'est pas nul, au sens de

l'art. 1338 ; il faut dire qu'il n'a aucune existence légale, mais le futur époux pourra le ratifier, c'est-à-dire se l'approprier, en vertu de l'art. 1120. Il n'y a aucune raison de s'opposer à l'application de ce dernier article, dans notre hypothèse. L'arrêt du 6 novembre semble donc, en déclarant que « le contrat, n'ayant jamais eu de commencement d'existence légale, n'est pas susceptible de ratification ultérieure », faire la confusion que nous venons de signaler, et oublier que, si un acte inexistant ne peut être confirmé, en vertu de l'art. 1338, il peut être ratifié par un tiers, lorsque celui-ci accepte pour son compte l'acte du porte-fort.

Toutefois, nous savons que cette ratification doit être donnée dans la forme authentique et ne peut intervenir qu'avant la célébration du mariage.

Sur le deuxième point, la Cour de Cassation décide avec raison que, si la ratification est possible, cet acte exige de plus le concours de toutes les personnes qui ont été parties au contrat primitif et particulièrement des deux futurs époux. Cette solution est excellente, quoique la ratification ne soit en elle-même qu'un acte unilatéral. On objectera peut-être que les articles 1396 et 1397 ne concernent que les contre-lettres, c'est-à-dire des modifications apportées au contrat matrimonial ; or, il n'y a ici qu'une acceptation qui n'est accompagnée d'aucun changement. Nous estimons pourtant qu'il faut ap-

pliquer à l'acte de ratification les formalités de l'art. 1396, car cet acte modifie, en réalité, le régime matrimonial, qui, sans son intervention, serait devenu définitif, lors du mariage.

Un arrêt de la Cour de Nîmes, du 13 janvier 1897 (1), expose très heureusement cette idée que la ratification doit être soumise aux prescriptions de l'art. 1396, parce qu'elle est destinée à vivifier le contrat inexistant encore, à défaut de consentement, et à substituer au régime de la communauté légale le régime dotal ou tout autre stipulé par le porte-fort.

Ceci étant admis, la Cour de Cassation a proclamé logiquement que l'acte notarié postérieur, par lequel l'époux qui a été absent déclare avant la célébration, et sans le concours de l'autre conjoint, ratifier le contrat, est lui-même entaché d'une nullité radicale, et, par suite, qu'il ne peut valoir ni comme ratification du contrat antérieur, ni comme contrat nouveau.

Plusieurs décisions judiciaires affirment à tort que la nullité du contrat passé par le porte-fort cesse d'être d'ordre public, à partir de la dissolution du mariage, et qu'elle peut être alors couverte par la ratification de l'époux survivant et des héritiers du

(1) S. 97, 2, 141. D. 97, 2, 128.

conjoint prédécédé, en se conformant aux dispositions de l'art. 1338 (1).

La ratification est impossible à cette époque, et ne saurait intervenir plus utilement après la dissolution du mariage que pendant sa durée, car il ne peut y avoir de conventions matrimoniales à un moment où le mariage n'existe plus, et où le contrat lui-même ne pourrait prendre naissance. Toutefois, le contrat, quoique inexistant, peut recevoir, après la dissolution du mariage, son exécution définitive pour la liquidation des droits et reprises des époux.

La Cour de Cassation, dans deux arrêts, en date du 6 avril 1858 (2) et du 10 avril 1866 (3), admet que l'époux survivant et les héritiers du conjoint prédécédé sont libres de régler leurs intérêts respectifs conformément aux dispositions du contrat nul, mais que ce règlement constitue une convention nouvelle et spéciale. Faut-il dire que les parties doivent manifester expressément leur intention et déclarer formellement qu'elles entendent renouveler les conventions du contrat primitif ? Une telle exigence paraît être trop rigoureuse.

En résumé, le contrat, quoique nul, peut servir de base à la liquidation et au partage, après la dissolution du mariage.

(1) Nîmes, 6 août 1851, S. 51. 2. 613. — Montpellier, 9 déc. 1853, D. 55. 2. 112.

(2) D. 58. 1. 224. S. 59. 1. 17.

(3) D. 66. 1. 350.

CHAPITRE VII

LA PROMESSE DE PORTE-FORT DANS LES DONATIONS ET LES PARTAGES D'ASCENDANT.

La déclaration par laquelle un tiers sans mandat se porte fort pour le donataire n'a pas la valeur d'une acceptation émanant de ce dernier, et ne peut assurer à une donation tous ses effets légaux.

L'art. 5 de l'Ordonnance de 1731 avait même textuellement prévu cette hypothèse. Après avoir mis en principe la nécessité de l'acceptation directe par le donataire ou par un fondé de pouvoirs, il ajoutait : « Et en cas qu'elle eût été acceptée par une personne qui aurait déclaré se porter fort pour le donataire absent, ladite donation n'aura d'effet que du jour de la ratification expresse que ledit donataire en aura faite par acte passé devant notaire ».

A s'en tenir à un examen superficiel de ce texte, il semble qu'il admette bien l'intervention d'un porte-fort dans l'acceptation de la libéralité. En réalité, il la déclare inopérante et lui refuse toute efficacité. En effet, la prétendue ratification dont parle l'art. 5, n'est qu'une acceptation nouvelle soumise aux formes solennelles que doit revêtir l'accepta-

tion d'une donation, et qui en outre n'existe et n'a d'effet qu'à partir du jour même où elle est intervenue. Il ne saurait donc être question de voir dans cette acceptation, ainsi dénuée de rétroactivité, une ratification de l'acceptation du porte-fort, puisqu'on ne conçoit pas une ratification dont les effets ne remonteraient pas au jour de l'acte même auquel elle est relative, et partant, dans l'espèce, au jour même de la convention de porte-fort. De sorte que l'art. 5 de l'Ordonnance, tout en semblant permettre une ratification, se refusait à en admettre la possibilité.

Le législateur a retranché la dernière partie de l'art. 5 ; le Conseil d'Etat, dans la séance du 12 ventôse an XI, substitua l'art. 933, tel qu'il existe aujourd'hui, aux dispositions de l'Ordonnance de 1731, reproduites entièrement dans le projet de la Commission du gouvernement.

Que résulte-t-il de cette suppression ?

D'anciens auteurs, conservant la solution de l'ordonnance, admettent qu'un tiers peut accepter une donation faite à un absent, en se portant fort pour lui. Mais ils subordonnent dans ce cas la validité de l'acceptation à la ratification expresse, et par acte notarié, du donataire ; en réalité, grâce à cette restriction, le système de ces auteurs refuse tout effet à la clause de porte-fort (1).

(1) DELVINCOURT, t. 2, p. 236, note 6. — TOULIER, t. 5, n. 192.
— VAZELLE, sur l'art. 933, n. 1.

Malgré le silence de l'art. 933, ou plutôt à cause de ce silence même, on ne doit pas hésiter à adopter l'opinion contraire. En effet, l'art. 933 porte que l'acceptation doit être faite par le donataire ou en son nom par une personne munie d'une procuration authentique ; ce qui exclut l'acceptation par un tiers sans mandat, alors même qu'il se serait porté fort. Ce texte n'a pas reproduit le paragraphe final de l'art. 5, mais sa concision n'en est pas moins significative. Notre conclusion est que la promesse de rapporter la ratification du donataire n'est jamais assimilable à une acceptation faite par ce dernier. Il ne s'agit pas davantage d'une donation imparfaite susceptible de ratification, et la déclaration du porte-fort ne saurait valoir non plus en ce qu'il suffirait que le donataire ratifiât plus tard l'acte passé en dehors de lui. Non seulement elle ne lie pas le donateur et ne profite pas au donataire, mais elle ne peut donner lieu à une ratification qui ne produirait d'ailleurs aucun effet rétroactif, puisque la donation n'a d'existence que du jour de l'acceptation régulière réunissant les conditions prescrites par les articles 932 et 933.

Pourtant, si la promesse de porte-fort n'a pas la valeur d'une acceptation faite par le gratifié, elle peut du moins jouer un rôle secondaire, et avoir pour effet d'obliger le porte-fort à faire diligence pour arriver à obtenir l'acceptation. La disposition

de l'art. 1120 offre un caractère général. L'acceptation d'une donation et les démarches qu'on fera pour la rapporter sont des actes qui peuvent être l'objet d'une promesse licite. Mais cette clause ne saurait produire les mêmes effets que dans les conventions pour lesquelles la solennité de formule des articles 932 et 933 n'est pas exigée.

La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens, à plusieurs reprises (1). Un arrêt de la Cour de Cassation, du 27 juillet 1892, (2) en conclut avec raison qu'un notaire, qui a cru ou laissé croire aux parties que l'acceptation d'une donation faite par un porte-fort était régulière et valable, et qui ne leur a pas signalé l'insuffisance de la clause de porte-fort insérée dans l'acte, doit être rendu responsable du dommage causé au gratifié, si le donateur, se prévalant du défaut d'acceptation, s'avise de reprendre plus tard le bien donné.

Nous n'avons envisagé jusqu'ici que la promesse de porte-fort dans une donation ordinaire ; nous allons maintenant étudier sa valeur et ses effets dans l'hypothèse plus complexe d'un partage d'ascendant, où les règles de la donation se combinent avec celles du partage, et où ce sont précisément les copartagés présents ou capables qui se portent

(1) Caen, 3 mars 1879, sous Cass. 17 déc. 1879. S. 81. 1. 425. — Riom, 23 avril 1891, *Gaz. Trib.*, 17 sept. 1891.

(2) S. 93. 1. 121. D. 92. 1. 457.

fort de l'acceptation de l'un des gratifiés absent ou incapable.

La Cour de Cassation a établi sa jurisprudence sur cette question difficile par trois arrêts dont le premier vient d'être cité ; il est en date du 27 juillet 1892 et se borne à affirmer que la clause de porte-fort n'équivaut pas à une acceptation du codonataire. Nous ne reviendrons pas sur ce point.

Le second, du 21 juin 1893, vise plus spécialement un cas de partage d'ascendant ; il a été l'objet de vives critiques (1).

Il s'agissait, dans cette espèce, d'un partage d'ascendant, où l'un des donataires majeurs était en état d'idiotie notoire, mais non interdit ; les autres enfants acceptèrent seuls la donation en se portant fort pour l'idiot. L'ascendant mourut deux années après le partage, sans que rien eût été fait pour assurer l'acceptation régulière promise. La donation était inexistante, mais quelle était la situation des codonataires ? Et quels effets cette promesse de porte-fort, restée sans exécution, pouvait-elle produire à l'égard de ceux qui l'avaient faite ?

La convention semble susceptible de deux interprétations, si l'on veut rechercher l'intention des parties. D'après la première, les porte-fort ont cru avoir le droit de formuler eux-mêmes l'acceptation

(1) D. 94. 1. 201 et note de M. PLANIOL ; S. 94. 1. 17 et note de M. A. TISSIER.

pour l'idiot et ont considéré leur déclaration comme réalisant ainsi la formalité de l'acceptation prescrite par la loi et donnant au partage toute son efficacité. Ce fut l'interprétation admise par la Cour d'Appel, qui en tirait la conclusion très juridique que l'acceptation était nulle et que la donation demeurerait à l'état de simple projet.

La Cour de Cassation, au contraire, ne s'est pas attachée à l'intention des parties et a vu dans la promesse de porte-fort l'engagement pris par les donataires capables de procurer l'acceptation utile du codonataire incapable. Elle dit qu'il est loisible à quelqu'un de se porter fort de l'acceptation d'un donataire, et que cette promesse ne remplace pas l'acceptation du véritable intéressé, ce qui n'est pas douteux. Mais elle a formulé cette assertion vraie d'une manière inexacte, en décidant que le porte-fort s'est engagé à « faire approuver la donation restée imparfaite ». Nous avons montré que la donation demeure un simple projet, jusqu'à l'acceptation régulière du gratifié. D'ailleurs, la Cour de Cassation avait elle-même affirmé l'inexistence complète de la libéralité, en pareil cas, dans un arrêt antérieur, en date du 15 juillet 1889 (1).

De ces deux prémisses l'arrêt du 21 juin 1893 tire deux conséquences sur lesquelles va porter

(1) S. 89, 1. 412. P. 89, 1. 1028.

plus spécialement notre examen : 1° l'inexécution de la promesse rend le porte-fort passible de dommages-intérêts ; 2° le porte-fort, qui est tenu à des dommages-intérêts, est, par voie de conséquence, non recevable à attaquer la donation pour défaut d'acceptation.

La première de ces propositions est en elle-même exacte ; et il y aura lieu à des dommages-intérêts, si la convention présente très nettement le caractère d'une clause de porte-fort, c'est-à-dire d'une promesse de faire accepter la libéralité par le gratifié absent ou incapable. Si, au contraire, les parties l'ont regardée comme l'accomplissement de la formalité prescrite par la loi, il devient difficile de voir dans cette déclaration une promesse de porte-fort pouvant se résoudre en dommages-intérêts. L'arrêt ne fait pas cette distinction et proclame en termes absolus l'exigibilité de l'indemnité.

Nous remarquerons aussi que lorsque tous les codonataires capables se portent fort réciproquement les uns vis à vis des autres de cette acceptation, ce qui est le cas habituel dans un partage d'ascendant, la clause de porte-fort, tout en restant licite, perd en réalité son utilité, car, comme l'observe très judicieusement M. Planiol (1) « sa réciprocité la neutralise et lui enlève son effet principal, la

(1) Note au DALLOZ précitée.

possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour inexécution. L'identité des prestations réciproquement dues produit un équilibre qui protège chaque donataire contre les déclarations des autres. Il y a là un obstacle de fait à la réciprocité des obligations. Si aucune partie ne peut se faire de la convention une arme offensive pour attaquer les autres et leur demander une indemnité, chacune d'elles peut du moins s'en faire une arme défensive ». En résumé, chaque partie est responsable au même degré de la négligence qui a rendu la donation inexistante.

Quant à la deuxième proposition, nous ne pouvons l'admettre, car elle ferait produire à la promesse de porte-fort un résultat étrange, à savoir la stabilité de la libéralité inexistante.

La Cour de Cassation, en déclarant le porte-fort non recevable à se prévaloir du défaut d'acceptation et à demander un nouveau partage des biens donnés, semble faire une application assez peu heureuse de la maxime qu'elle invoque ici : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

A supposer que le paiement d'une indemnité puisse être réclamé, l'obligation du porte-fort ne doit jamais aboutir au maintien d'une donation inexistante. Le promettant pourra sans doute être tenu de réparer le préjudice causé par le défaut

d'acceptation, mais rien ne peut l'empêcher de faire constater l'inexistence absolue de la libéralité, lorsque l'offre est anéantie par suite du décès du donateur, comme c'était le cas dans notre espèce. La clause ne tient pas lieu de la solennité exigée par la loi et la garantie due par le porte-fort ne sera jamais qu'une réparation pécuniaire, tandis que la solution de la Cour de Cassation aurait pour résultat de faire de cette convention une renonciation au droit d'invoquer l'inexistence de la libéralité (1).

De plus, M. Tissier remarque avec justesse que ce système conduirait à des conséquences regrettables (2). La promesse de porte-fort aboutirait, dans le cas présent, à créer une nullité relative là où la loi a posé formellement la règle de l'inexistence. En effet, l'incapable seul, étant étranger à la clause, conserverait sa liberté d'action, et serait recevable à attaquer la libéralité ; mais il n'userait jamais de son droit, si l'opération lui profite, en sorte que cette donation non acceptée, et, par conséquent, légalement inexistante, produirait les mêmes effets qu'une donation valable. Une simple promesse de porte-fort aurait entraîné ce bouleversement juridique.

Le troisième arrêt, en date du 20 mars 1905 (3),

(1) *Contra* : BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, *Des Donat.*, n. 3529.

(2) Note au SIREY précitée.

(3) S. 1905. I. 163. D. 1905. I. 383. — V. aussi Req. 5 Nov. 1877. D. 78. I. 372. S. 78. I. 214.

donne la même solution au cas où c'est le donateur seul qui s'est porté fort, vis-à-vis de ses enfants majeurs, de l'acceptation des enfants encore mineurs.

Il déclare que l'inexécution par lui de cette promesse rend l'ascendant passible de dommages-intérêts et, par conséquent, non recevable à attaquer la donation qu'il avait promis de faire respecter.

L'évolution suivie par la Cour de Cassation, en matière de promesse de porte-fort, est ici tout à fait remarquable. Cette dernière hypothèse, en apparence très voisine de la précédente, fait apparaître un principe nouveau. En effet, un contractant peut ainsi, en se portant fort de l'acceptation d'une autre partie, rendre son offre irrévocable, et laisser à son cocontractant la faculté de l'accepter, quand il voudra. Nous sommes donc en présence d'un procédé qui permet, lorsqu'il y a au contrat projeté plus de deux personnes en cause, de donner effet à la volonté d'une seule. Il semble qu'il y ait là un acheminement vers l'idée d'obligation unilatérale, une simple déclaration de volonté liant par elle-même celui dont elle émane, indépendamment de toute acceptation par une autre partie.

APPENDICE

LÉGISLATION COMPARÉE

Le Code civil allemand ne contient aucune disposition relative à la promesse de porte-fort. Les articles 177 et 180 (Livre I, Section III, Titre V), concernent la *représentation* et la *procuration* ; les articles 182 à 185 du titre VI ont trait à l'*autorisation* et à l'*approbation*. Ces textes touchent donc à la gestion d'affaires et au mandat plutôt qu'à notre clause.

La législation suisse s'occupe de la promesse de porte-fort, sans toutefois employer cette expression. L'article 127 du Code fédéral des Obligations est ainsi rédigé : « Celui qui promet le fait d'un tiers est tenu à des dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part de ce tiers ». Un des premiers projets contenait cependant la disposition suivante : « Quiconque promet le fait d'un tiers, avec l'inten-

tion de se porter fort pour lui, est tenu, etc... » (1). Ce projet a échoué, et les mots *avec l'intention de se porter fort pour lui* ont été retranchés dans la rédaction définitive. Cette suppression doit sans doute être attribuée à ce que le législateur a voulu rendre le texte français absolument identique au texte allemand de ce même article 127 ; comme il n'existe pas de terme allemand correspondant à l'expression *porte-fort*, il n'a pas inséré dans la rédaction française un mot qui ne pouvait trouver place dans la version allemande (2).

Ce retranchement indique aussi que le Code fédéral a regardé comme inutiles non seulement l'emploi de cette expression, mais encore la manifestation, de la part du promettant, de l'intention de s'obliger personnellement. Il constitue par conséquent un argument de plus en faveur de la thèse que nous avons défendue et d'après laquelle la simple promesse du fait d'autrui implique tacitement une clause de porte-fort.

Ce qui caractérise le porte-fort dans la loi fédérale, c'est qu'il répond de l'exécution même du fait promis ; il est, par suite, assez semblable à une caution. Pourtant les commentateurs du Code des Obligations s'accordent à distinguer l'un de l'autre,

(1) Art. 25 du projet élaboré d'après les travaux d'une commission de rédaction (Oct. 1869. — Oct. 1872).

(2) « Wer die Leistung eines Dritten verspricht, ist zum Schadensatz verpflichtet, wenn dieselbe nicht erfolgt ».

et relèvent entre eux les différences que nous avons signalées au cours de cette étude. De plus, l'art. 491 du Code fédéral porte que le cautionnement n'est valable que lorsqu'il est constaté par écrit ; l'art. 127, au contraire, n'exige aucune forme pour la validité de l'engagement du porte-fort (1).

L'art. 881 du Code autrichien déclare qu'on ne peut faire ou accepter une promesse pour autrui, mais que celui qui a promis ses bons offices près d'un tiers, ou qui a garanti le succès de son entremise (c'est-à-dire qui s'est porté fort) doit accomplir l'obligation suivant l'étendue de sa promesse.

L'art. 1129 du Code civil italien reproduit à peu près exactement notre art. 1120, mais sans se servir de l'expression *se porter fort*. « On peut s'obliger envers un autre, en promettant le fait d'une tierce personne. Cette promesse donne seulement droit à une indemnité envers celui qui s'est obligé ou qui a promis la ratification du tiers, si celui-ci refuse de remplir l'obligation. »

L'art. 1259 du Code civil espagnol est ainsi conçu : « Nul ne peut contracter au nom d'un tiers sans avoir reçu son autorisation ou sans être son représentant légal.

Le contrat conclu au nom d'un tiers par quel-

(1) V. VIRGILE ROSSEL, *Manuel du dr. fédéral des Oblig.*, 1905, n. 141 et s.

qu'un qui n'est ni son fondé de pouvoirs, ni son représentant légal, est nul, à moins qu'il ne soit ratifié par le tiers, avant d'avoir été révoqué par l'autre partie contractante ».

Vu :

Le Président de la thèse,

R. PIÉDELIÈVRE.

Vu : *le Doyen,*

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Notions historiques....	6
SECTION I. — Droit romain.....	6
SECTION II. — Domat-Pothier.....	9
SECTION III. — Les travaux préparatoires du Code civil.....	13
CHAPITRE I. — Analyse de la promesse de porte-fort	17
SECTION I. — Nature et étendue de l'obligation du porte-fort...	19
SECTION II. — De la présomption de la clause de porte-fort...	22
SECTION III. — Dans quels actes juridiques et pour quelles personnes on peut se porter fort.....	31
SECTION IV. — Comparaison de la promesse de porte-fort avec le mandat, la gestion d'affaires et le cautionnement.....	39
CHAPITRE II. — De la situation juridique des parties avant la ratification.....	53
CHAPITRE III. — De la ratification de la promesse par le tiers....	60
SECTION I. — Formes et conditions de validité de la ratification	60
SECTION II. — Des effets de la ratification et de sa rétroactivité.	64
APPENDICE. — De l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui par un porte-fort.....	68
SECTION III. — De l'effet d'une ratification annulée, au point de vue de la libération du porte-fort.....	72
CHAPITRE IV. — Du défaut de ratification et des dommages-inté- rêts qui en résultent.....	76
SECTION I. — Du défaut de ratification....	76
SECTION II. — Des dommages-intérêts.....	82

	PAGES
CHAPITRE V. — De la substitution du porte-fort au tiers.....	85
SECTION I. — Le porte-fort peut-il être contraint à exécuter lui-même le fait promis pour le compte du tiers, à défaut de ratification ?.....	85
SECTION II. — Le porte-fort peut-il se substituer lui-même au tiers ?.....	91
CHAPITRE VI. — La promesse de porte-fort dans les contrats de mariage.....	98
CHAPITRE VII — La promesse de porte-fort dans les donations et les partages d'ascendant.....	109
APPENDICE. — Législation comparée.....	119

